

**T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

HAKARET SUÇU

(5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU MADDE 125)

Yüksek Lisans Tezi

MUSTAFA CAN KORKARER

İstanbul, 2008

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

HAKARET SUÇU

(5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU MADDE 125)

Yüksek Lisans Tezi

MUSTAFA CAN KORKARER
Danışman: PROF. DR. AHMET GÖKCEN

İstanbul, 2008

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
MUSTAFA CAN KORKARER'ın HAKARET SUÇU (5237 SL. TCK MD. 125) adlı tez
çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 07.07.2008 tarih ve 2008-11/25 sayılı
kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak
kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

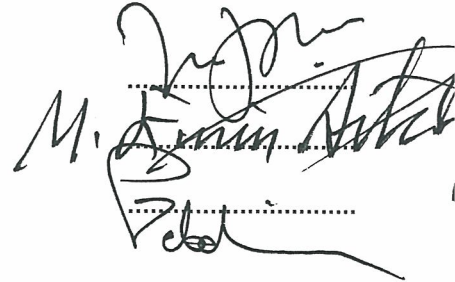
İmzası

Tez Savunma Tarihi : 14.07.2008

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. AHMET GÖKCEN

2) Jüri Üyesi : PROF. DR. MEHMET EMİN ARTUK

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. TAMER PEKDİNÇER



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	v
ÖZET	vi
ABSTRACT.....	viii
BİRİNCİ BÖLÜM	1
GENEL AÇIKLAMALAR, TARİHİ GELİŞİM ve MUKAYESELİ HUKUK.....	1
I. GENEL AÇIKLAMALAR.....	1
II. TARİHİ GELİŞİM.....	7
1. Roma Hukuku	7
2. Alman Yerel Devletleri Hukuku (Cermen Hukuku)	8
3. Kilise Hukuku (Canon Kanunu).....	9
4. Ortaçağ Hukuku.....	9
5. İslam Hukuku	10
6. Osmanlı Hukuku ve Türk Hukuku	12
III. MUKAYESELİ HUKUK.....	14
1. İngiliz Hukuku.....	14
2. Alman Hukuku	16
3. İtalyan Hukuku	19
4. Fransız Hukuku.....	19
5. Polonya Hukuku.....	20
6. Hakaret Suçunun Uluslararası Eğilimi.....	21
IV. 5237 SAYILI TCK İLE 765 SAYILI TCK ARASINDAKİ FARKLAR	24
İKİNCİ BÖLÜM.....	29
5237 SAYILI TCK’da YER ALAN HAKARET SUÇU.....	29
I. SUÇUN UNSURLARI	29
1. Tipiklik.....	29
2. Maddi Unsurlar	29
A. Konu	29
B. Fail.....	33

C.	Mağdur	36
a.	Genel Olarak	36
b.	Mağdurun Belirlenmesi	38
c.	Tüzel Kişiler.....	40
d.	Topluluklar	43
e.	Ölüler.....	45
f.	Temyiz Yeteneğine Sahip Olmayanlar (Küçükler-Akıl Hastaları), Şerefsizler.....	47
D.	Hareket (Fiil)	49
a.	Genel Olarak	49
b.	Somut Bir Fiil veya Olgu İsnadı	52
c.	Sövme.....	56
d.	Fiilin Tahkir (Aşağılama) İçermesi	59
e.	Huzur ve Gıyap	64
aa.	Huzurda Hakaret.....	64
bb.	Gıyapta Hakaret.....	66
cc.	Huzura Eşit Sayılan Hâller (Fiilin İleti ile İşlenmesi)	72
E.	Netice.....	75
F.	Hakaret Suçunun Nitelikli Hâlleri	76
a.	Genel olarak	76
b.	Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı Hakaret	76
c.	Kişiye İnanç, Düşünce ve Kanaatlerinden Dolayı Hakaret.....	81
d.	Kişinin Dininde Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle Hakaret	86
e.	Aleniyet	87
f.	Suçun Kurul Hâlinde Çalışan Kamu Görevlerine Karşı İşlenmesi.....	94
3.	Manevi Unsur	98
4.	Hukuka Aykırılık Unsuru	101
A.	Genel olarak.....	101
B.	Hakkın Kullanılması.....	102
a.	Düşünce Özgürlüğü (İfade Özgürlüğü); Haber Verme Hakkı ve Eleştiri Hakkı	104
aa.	Haberin Gerçek Olması	117

bb.	<i>Haberin Güncel Olması</i>	120
cc.	<i>Haberde Kamu Yararının Bulunması</i>	121
dd.	<i>Haberle Suç Arasında Fikri Bağıın Bulunması</i>	122
b.	<i>İddia ve Savunma Hakkı (Dokunulmazlığı)</i>	128
c.	<i>İsnadın İspatı (Gerçeğin İspatı)</i>	137
aa.	<i>Genel Olarak</i>	137
bb.	<i>Hakaretin İçeriğinin Suç Olması ve Mağdurun Mahkûmiyeti</i>	143
cc.	<i>İsnadın İspatında Kamu Yararının Bulunması</i>	146
dd.	<i>Mağdurun İsnadın İspatına Rız Olması</i>	148
ee.	<i>İsnadın İspatında Usul</i>	150
d.	<i>Terbiye Etme Hakkı</i>	151
C.	<i>Mağdurun Rızası</i>	153
D.	<i>Kanun Hükmünü (Görevi) Yerine Getirme</i>	155
E.	<i>Meşru Savunma</i>	156
II.	KUSURLULUĞU ETKİLEYEN SEBEPLER	157
1.	Genel Olarak	157
2.	Amirin Emrini Yerine Getirme	157
3.	Özel Haksız Tahrik Halleri	159
A.	<i>Suçun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi</i>	159
a.	<i>Tahrike Neden Olan Haksız Bir Fiil Bulunması</i>	160
b.	<i>Tepki Olarak İşlenen Fiilin Hakaret Olması</i>	161
B.	<i>Karşılıklı Hakaret</i>	163
a.	<i>Karşılıklı Olarak Hakaret Suçları İşlenmesi ve İlk Tahkirin Haksız Olması</i>	164
b.	<i>Hakaretin Karşılıklı Olması</i>	165
C.	<i>Suçun Kasten Yaralamaya Tepki Olarak İşlenmesi</i>	169
	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	174
	SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ, KOVUŞTUMA ve MÜEYYİDE	174
I.	SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HÂLLERİ	174
1.	Teşebbüs	174
2.	İştirak	175
3.	İçtima	175

II.	KOVUŞTURMA	178
III.	MÜEYYİDE.....	182
	SONUÇ.....	185
	KAYNAKÇA	192

KISALTMALAR

- ABD : Amerika Birleşik Devletleri
- a.g.l. : Adı geçen link
- AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- BK : Basın Kanunu
- Bkz : Bakınız
- C. : Cilt
- CD : Ceza Dairesi
- cd : Compact Disc
- CGİK : Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
- CGK : Ceza Genel Kurulu
- CMK : Ceza Muhakemeleri Kanunu
- DCK : Danimarka Ceza Kanunu
- E : Esas
- HD : Hukuk Dairesi
- İHEB : İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi,
- K : Karar
- KİT : Kamu İktisadi Teşebbüsleri
- md : Madde
- MK : Medeni Kanun
- s. : Sayfa
- S. : Sayı
- TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

- TC : Türkiye Cumhuriyeti
- TCK : Türk Ceza Kanunu
- TDK : Türk Dil Kurumu
- TGS : Türkiye Gazeteciler Sendikası
- TRT : Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
- UK : United Kingdom
- vb. : Ve benzeri
- vs. : Ve saire
- Y : Yargıtay
- YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
- YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
- yy : Yüzyıl

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Mustafa Can Korkarer
Anabilim Dalı	: Hukuk
Programı	: Kamu Hukuku
Tez Danışmanı	: Ahmet Gökcen
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans – Temmuz 2008
Anahtar Kelimeler	: Hakaret Suçu

ÖZET

HAKARET SUÇU

Kişilik hakları, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini geliştirmesini sağlayan değerlerin tümüne ilişkin hakları olarak ifade edilmektedir. Kişilik haklarından biri de kişinin şeref ve ün hakkıdır. Tarihin hemen hemen her döneminde korunan bu hak, hem bütün ulusal hukuk sistemlerinde çeşitli düzenlemelerle hem de uluslar arası sözleşmelerle korunmuştur.

Hukuk sistemimizin bir parçası haline gelen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan kişinin şeref hakkı, TC Anayasası tarafından da koruma altına alınmıştır. Buna paralel olarak TCK, kişinin şerefine karşı saldırıları suç saymış ve 125. maddede “hakaret” başlığı altında düzenlemiştir. Hakaretin bir ifade şekli olması ve ifade özgürlüğüne günümüzde verilen önem hakaret suçunu en çok tartışılan suç tiplerinden biri haline getirmiştir. Bu sebeple ifade özgürlüğü ile hakaret arasında hassas bir dengenin bulunduğu ve bu dengenin iyi bir şekilde kurulması gerektiği açıktır. Bu araştırmada hakaret suçu bu tartışmalar da dikkate alınarak incelenmiştir. Birinci bölümde, hakaret suçunun tarihi gelişimi, ulusal düzenlemeler ile hakaret suçuna uluslar arası bakış açısı ve değerlendirmeler kısaca ele alınmış; devamında 5237 Sayılı TCK ile 765 Sayılı TCK arasındaki farklara değinilmiştir. İkinci bölümde, 5237 Sayılı Kanun’un suç teorisi çerçevesinde suçun unsurları hakaret suç tipi açısından

değerlendirilmiştir. TCK'nın 126. maddesinde düzenlenen “mağdurun belirlenmesi”, TCK'nın 127. maddesinde düzenlenen “isnadın ispatı” ve TCK'nın 128. maddesinde düzenlenen “iddia ve savunma dokunulmazlığı” suçun unsurları içinde ele alınarak incelenmiştir. Aynı bölümde TCK'nın 129. maddesinde düzenlenen özel haksız tahrik hâlleri kusurluluğu etkileyen sebepler başlığı altında incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise suçun özel görünüş şekilleri ve TCK'nın 131. maddesinde düzenlenen soruşturma ve kovuşturma usulü ve ayrıca müeyyide ele alınmıştır.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname	: Mustafa Can Korkarer
Field	: Law
Programme	: Public Law
Supervisor	: Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Degree Awarded and Date	: Master – July 2008
Keywords	: Criminal Libel

ABSTRACT

CRIMINAL LIBEL

Individual rights are stated as the rights which enable the one to improve the values of the esteem and the personality in the society. One of the individual rights is the honour and reputation. This right, nearly protected in all era of the history, is protected with both the various regulations at all national law systems and the international conventions.

The honour of the individual, secured by the European Convention on Human Rights, which became a part of our Law System, is also secured with TC Constitution. In parallel with this, Turkish Criminal Code (TCK) accepts the attacks to the honour of the individual as crime and regulates under the “defamation” title at article 125. That the defamation is a kind of expression and the freedom of expression is given importance at the present day makes the criminal libel as one kind of the much debated questions amongst crimes. That’s why it is crystal clear that there is a very fine balance between the freedom of expression and defamation, and that balance must be set properly. At this study, defamation is investigated by taking these arguments into account. At first section, the historical development of the defamation, national regulations and international point of view are shortly studied, and continued with the differences

between TCK No 5237 and TCK No 765. At second section, elements of the crime with the context of the crime theories on TCK No 5237 are evaluated from the type of the defamation. “Determination of the victim” regulated at article 126, “proof of imputation” regulated at article 127, and “assertion and defence privilege” regulated at article 128 are analyzed within the elements of the crime. At the same section, aspects of special unfair provocations regulated at article 129 are studied under the reasons effecting wantonness. At third section, various aspects of the crime, and investigation and prosecution regulated at article 131, and sanction regulated are studied.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL AÇIKLAMALAR, TARİHİ GELİŞİM ve MUKAYESELİ HUKUK

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Hakaret suçu, Türk Ceza Kanunu’nun 2. Kitabında “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı 2. Kısımın 8. Bölümünde “Şerefe Karşı Suçlar” alt başlığıyla, 125-131 maddeler arasında düzenlenmiştir. Burada bireyin toplum içindeki şeref, onur ve saygınlığını ihlal eden fiiller cezalandırılarak, kişinin şeref hakkı koruma altına alınmıştır.

Nitekim TCK’nın 125. maddesinde “ Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır...” denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır.

İnsan, sosyal bir varlık olması nedeniyle toplum içinde yaşar. Toplumla uyum içinde hayatını sürdürmek bütün insanlarda var olan doğal bir eğilimdir. Bu eğilim, toplumun bütün fertleri üzerinde bir kontrol mekanizması oluşturur. İnsanlar, içinde yaşadıkları toplum tarafından benimsenmek, onaylanmak, sevmek, sayılmak isterler ve davranışlarını bu yönde geliştirirler. Kişilerde doğuştan var olan başkaları tarafından benimsenme saygı ve sevgi görme duygusu, kişisel onur olarak ifade edilebilir. Kişisel onur, saygınlık, ün kişinin kendi hakkındaki düşünceleri toplamı, kişinin şerefidir. Diğer bir anlatımla başkaları tarafından benimsenme, saygı görme ve bu saygının dayanağını oluşturan kişisel onur, yani insanın kendi hakkındaki düşüncesi bir bütün olarak “şeref” terimiyle ifade edilmektedir¹.

Kişinin kendi hakkındaki düşünce ve hisleriyle, toplumun kişi hakkındaki düşünceleri birbirinden bağımsız olamaz; bilakis birbiriyle bağlantılı olup, karşılıklı etkileşim içindedir, birbirlerini destekleyerek beslerler. Kişinin başkaları tarafından iyi, başarılı, namuslu, çalışkan, güzel, yakışıklı, becerikli vs. gibi vasıflarla anılması, o

¹ Erman, Sahir, **Hakaret ve Sövmeye Cürümleri**, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1950, s.1

kişinin iyi bir şöhrete, saygınlık ve itibara sahip olduğunu gösterir. Başkaları tarafından övgüye layık görülmek, saygın olmak, kişinin kendi hakkındaki özgüvenini artırır, olumlu düşünmesine sebep olur, kendi kişiliğini destekler, insana güven ve onur verir²; yani, şeref ve haysiyetli bir insan, kötü şöhrete sahip olmayan, kendisi hakkında kötü, olumsuz düşünülmeyen kişidir.

Doktrinde genel olarak; kişinin kendi hakkındaki düşünceleri iç şeref (öznel veya sübjektif şeref), başka kişilerin, onun hakkındaki düşünceleri ise dış şeref (nesnel veya objektif şeref) olarak isimlendirilir. Her iki anlamıyla da şeref, sosyal içerikli bir kavramdır ve toplumun oluşumuyla, varlığıyla ortaya çıkmıştır. Tek başına yaşayan bir kişinin şeref ve saygınlığından bahsedilemez. Dış şeref, esasen başkalarının kişi hakkındaki kanaatleri olarak ortaya çıkar. İç şeref ise yukarıda da belirtildiği gibi dış şereften bağımsız kabul edilemez. Kişinin kendi hakkındaki düşünceleri, başkalarının o kişi hakkındaki fikirlerinden etkilenecek oluşur. Bu sebeple dış şerefe bağımlıdır. Bu bakımdan doktrinde, kişinin kendi şerefini korumasının asıl sebebinin, başkaları nezdinde kendi saygın konumunu korumak olduğu ifade edilmiştir³.

İnsanın kendini geliştirmesi, başarılı olabilmesi, kaliteli bir hayat yaşayabilmesi için, kişiliğinin bir bütün olarak korunması şarttır. İnsan, fiziki varlığına karşı yapılan saldırılarda fiziki bir acı hisseder ve yaşam kalitesi düşer; manevi varlığına yapılan saldırılarda da toplum önündeki saygınlığı zedelenir, şerefinden bir şeyler kaybeder. Şerefının azaldığını düşünen kişi, kendi değerinin azaldığı hissine kapılır, hakkındaki değer yargısı olumsuz olarak etkilenir, iç huzuru bozulur ve manevi bir acı hisseder⁴. İç huzuru bozulan ve manevi acı hisseden kişinin yaşam kalitesi düşer, dolayısıyla sağlıklı bir hayat sürmesi ve istenildiği şekilde kişiliğini geliştirmesi mümkün olmaz. Bu nedenlerle insan kişiliği, hem fiziki (maddi) hem ruhsal (manevi) bir bütün olarak değerlendirilir. İnsanın maddi bütünlüğünün korunması yanında manevi bütünlüğünün de korunması insan kişiliğinin gelişebilmesi için, gerekli hatta zorunludur. İnsan kişiliğinin gelişimi için, kişilerin hem fiziki hem de ruhsal yönden kendini güvende hissetmesi gerekir.

² Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2005, s.230

³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.2

⁴ Soyaslan 2005, a.g.e., s.230

Kişinin manevi değerlerinin en önemlilerinden biri de onur, şeref ve saygınlığıdır⁵. Onur ve şeref duygusu insanı motive eden, güçlü kılan bir duygudur. Kişilerin onur ve şereflerinin zedelenmesi, saldırıya uğraması ve bu saldırılara engel olunmaması hâlinde, kişilerin birbirlerine saygısı azalacak ve giderek bu saygı tamamen ortadan kalkabilecektir. Bu durumda, kişilerdeki güven hissi yok olacak, isteyen istediğini söylemesiyle iftiralara artacak, şantajlar çoğalacak, topluma korku ve vehim hâkim olacak ve toplumu bu yönlendirecektir. Dolayısıyla, şeref ve saygınlığın korunmaması kişi yanında toplumun da huzurunu bozacak bir sonuç ortaya çıkartacaktır⁶. Bu sebeplerle hem kişinin manevi varlığına zarar veren hem de toplumun huzurunu bozan, topluma zarar veren, onur ve şerefi ihlal eden fiiller hukuk düzenleri tarafından dikkate alınmıştır.

Kişinin onur, şeref ve saygınlığı tarih boyunca tüm hukuk düzenleri tarafından korunmuştur. Başlangıçta özel hukuk normları ile korunan insan onuru, daha sonraki dönemlerde ceza hukuku normlarıyla da güvence altına alınmıştır⁷.

Her ülkede olduğu gibi ülkemizde de insanların manevi varlıklarını koruyucu düzenlemeler yapılmıştır. Ne bizim mevzuatımızda ne de yabancı mevzuatta yukarıda yapılan açıklamalara rağmen şeref ve haysiyetin açık ve net bir tarifi mevcut değildir, bununla birlikte şeref ve haysiyetin kaynağı ve değeri ne olursa olsun korunması gerektiği hususunda genel bir ittifakın mevcut olduğu söylenebilir⁸.

Şeref ve onur, iç hukukta Anayasa’da temel haklar kapsamında değerlendirilmiş ve koruma altına alınmıştır⁹. Kişilerin şeref ve saygınlığı özel hukuk tarafından “kişilik hakları” çerçevesinde kişisel menfaatler olarak korunur. Bazı hâllerde ayrıca “haksız fiil” sayılarak manevi tazminat davasının konusu olabilir. Ticari haksız

⁵ Erman ve Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar**, İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1994, s.255

⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.2

⁷ Soyaslan 2005, a.g.e., s.229

⁸ Özel, Cevat, **Kitle İletişim Araçları ve Kişilik Haklarının Korunması**, İstanbul: Arion Yayınevi, 2003, s.93

⁹ Anayasa Madde 17 - ”Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

fiillerin tipik bir örneği olan “haksız rekabet”, ekonomik kişiliğin korunmasına yönelik olarak, Ticaret Hukuku’nun koruması altına alınmıştır¹⁰.

Hemen hemen tüm ülkelerin anayasasında güvence altına alınmış olan toplum içinde şerefli ve onurlu yaşama hakkı, uluslar arası sözleşmeler tarafından da gözetilmiş ve koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (madde 1) “Tüm insanlar özgür, şeref ve haklar bakımından eşit doğar.” diyerek şerefi güvence altına almıştır. Ayrıca Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 1. maddesi “İnsanlık şerefi ihlal edilemez, saygı gösterilmeli ve korunmalıdır.” hükmüne yer vererek kişilerin şeref ve saygınlıklarını koruma altına almıştır¹¹.

Tüm bu koruma ve güvencelere rağmen, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini geliştirmesini sağlayan değerlerin tümüne ilişkin hakkı olarak tanımlanabilen ve hukuken korunan kişilik hakkını oluşturan değerlerden en fazla ihlal edilenler arasında “şeref ve haysiyet hakkı” bulunmaktadır¹².

Genellikle hukuk düzenleri, herkesin onur ve şeref sahibi olduğunu kabul eder ve aksi iddialara hukuki ve cezai yaptırımlar öngörür. Bazı istisnai hâllerde aksini ispat imkânı tanınsa da asıl olan korumadır. Bu esas, insanın bizatihi değerli olmasından, insan olması sebebiyle kendisine saygı duyulmasını hak etmiş olmasından ve bu saygıyı isteme hakkından kaynaklanır¹³. Hangi sebeple olursa olsun kimsenin kimseye hakaret etme hakkı yoktur. Her ne kadar hakaret suçu tarih kadar eskiyse de herkesin onur, şeref ve saygınlık sahibi olduğunun kabul edilmesi çok eski sayılmaz. Kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince hiç kimse bir diğ erinden daha az ya da daha fazla şerefli değildir¹⁴. Anayasanın 5, 10, 17¹⁵. maddelerinde bu hususlar hüküm altına alınmıştır.

¹⁰ Karayalçın, Yaş ar, **Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:19, S.:1-4, 1962, s.252)

¹¹ http://tr.wikisource.org/wiki/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Evrensel_Beyannamesi

¹² Çiftçi 2002, a.g.e.,s.1

¹³ Centel, Nur, Hamide Zafer, ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İş lenen Suç lar**, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağı tım A.Ş., 2007, s.211

¹⁴ Hafizoğ ulları, Zeki. «**Türk Ceza Hukukunda Ş erefe Karşı Suç lar**» Baş kent Üniversitesi, 07 Nisan 200, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/hakaret.doc> (20/11/2007), s.1

¹⁵ Anayasa’nın 5. maddesi: “Devletin temel amaç ve görevleri... insanın maddi ve manevi varlığ ının geliş mesi için gerekli şartları hazırlamaya çalış maktır.”, Anayasa’nın 10. maddesi: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşün ce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eş ittir.”, Anayasa’nın 17.maddesi: “Herkes, yaş ama, maddi ve manevi varlığ ını koruma ve geliş tirmeye hakkına sahiptir...” şeklindedir.

TC. Anayasasında temel haklar ve özgürlükler kapsamında yapılan bu düzenlemeler, TCK'nın 1 ve 3. maddelerinde de ayrıca ifade edilmiştir. TCK'nın 1. maddesinde; Ceza Kanunu'nun amaçları sayılmış ve Ceza Kanunu'nun ilk amacının "kişi hak ve özgürlüklerini koruma" olduğu hükme bağlanmıştır. TCK'nın 3. maddesi ise "adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlığıyla kişiler arasında ayırimcılık yapılmayacağını, ceza kanunu nezdinde bütün insanların eşit olduğunu vurgulamıştır¹⁶. Dolayısıyla herkesin toplum içinde eşit bir şeref ve haysiyete sahip olduğu kabul edilir.

Şerefe saldırı içeren hareketler, çeşitli suçlar oluşturur. Bunların bir kısmı sadece bir kimsenin şeref ve saygınlığını ihlal eder. Bazı ihlaller ise kişi dışındaki bazı kurum ya da kuruluşların veya kanun koyucunun özel önem atfettiği bazı sıfatların saygınlığını ihlal edebilir¹⁷. Sadece kişi şerefini ihlal eden ve inceleme konumuzu oluşturan suç tiplerine "genel tahkir", kişi şerefi dışındaki bazı değerleri koruyan suç çeşitlerine ise "özel tahkir" suçları denilmektedir¹⁸.

Özel tahkir suçlarında da hukuki konu, yani korunan hukuki değer, yine şeref ve saygınlıktır. Ancak bu tür suçlarda kanun koyucu, suçun mağduruna veya mağdurun sıfatına özel bir önem atfetmiş, bu nedenle ayrı bir düzenleme yapmıştır. Örneğin, cumhurbaşkanına hakaret hâlinde, cumhurbaşkanının her yurttaş gibi var olan şeref hakkından başka onun temsil ettiği makam, yani devletin manevi varlığı korunmakta, bu sebeple bu fiil ayrı bir hükümle düzenlenmektedir¹⁹. TCK'nın 299. maddesinde düzenlenen cumhurbaşkanına hakaret suçunun gerekçesinde, cumhurbaşkanının kişiliği yanında devletin manevi şahsiyetinin korunduğu açıkça belirtilmiştir²⁰.

¹⁶ TCK'nın 3. maddesi - " (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur. (2) Ceza Kanunu'nun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz." şeklindedir.

¹⁷ Özbek, Veli Özer, **Şerefe Karşı Suçlar**, İstanbul Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S.: 5, Nisan 2005, s.256

¹⁸ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.3

¹⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.4

²⁰ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, **Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2004, s.347; (Cumhurbaşkanının devleti temsil etmesi ve Anayasa'da belirtilen görev ve yetkileri göz önüne alınarak onun kişiliğine yöneltilen hareketin bir bakıma devlet kuvvetleri aleyhine cürümlerden sayılması gerektiği düşüncesinden hareketle bu madde kaleme alınmış ve cumhurbaşkanına karşı hakaret müstakil bir suç hâline getirilmiştir.)

TCK'nın 125. maddesinde düzenlenen genel hakaret suçlarında esas olarak kişilerin toplum içindeki şeref ve saygınlıkları koruma altına alınmıştır. Bunun yanında kişilerin şerefleri ile birlikte farklı bazı değerler de ayrıca korunmuştur. 765 Sayılı TCK, değişik bab ve fasıllarda, farklı normlarla birçok özel tahkir suçu düzenlemişken, TCK'da bu ayırım kaldırılmamış ancak olabildiğince sadeleştirilmiştir. Bu sadeleştirme, 765 Sayılı Kanunda düzenlenen bazı özel tahkir suçlarının, TCK'da genel tahkir suçu içine alınmasıyla sağlanmıştır. Buna karşın TCK'da devletin egemenlik alametlerine ve organlarına karşı işlenen aşağılama fiilleri, TCK'nın 299, 300 ve 301. maddelerinde ve yabancı devletlerin bazı değerlerinin aşağılanması fiilleri, TCK'nın 340, 341 ve 342. maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir.

II. TARİHİ GELİŞİM

1. Roma Hukuku

Roma Ceza Hukuku'nda bütün suçlar, kişi aleyhine işlenen suçlar ve mal aleyhine işlenen suçlar olarak iki kısma ayrılmıştır. Bu sistemde, kişi aleyhine işlenen suçlara, “iniuria”; mal aleyhine işlenen suçlara ise “furtum” denilmekteydi. Zamanla kişi aleyhine işlenen suçlar, ayrıca ayrımlara uğradı ve şeref ve saygınlıkla ilgili saldırılara “convicium” dendi. Bu kelime, “birlikte bağırıp çağırmak” anlamına geliyordu²¹.

XII Levha Kanunlarına kadar Roma Hukuku'nda şeref ve saygınlıkla ilgili herhangi bilgiye rastlanmamaktadır. XII Levha Kanunlarında, kamu adına takip edilen suçlar arasında sihir ve büyücülük göze çarpar. Başkasının hayatını ve sağlığını kötü etkileyecek sihir ve büyü, başkasının ürününün kötü olması için edilen dualar, bu dönemde ölümle cezalandırıldı²². Bununla beraber XII Levha Kanunlarında, başkalarının şerefini rencide eden şiir veya şarkı yazarların da ölümle cezalandırılacağına dair hüküm bulunmaktaydı. Ancak, bu hükmün şeref aleyhine bir suç olmadığı, başkasının sıhhati aleyhine büyü yapmak suçu olduğu da ileri sürülmektedir²³.

Birçok modern hukukun dayandığı XII Levha Kanunu'ndan sonraki Roma Hukuku'nda, sözlü hakaretler iki başlık altında toplanmıştır. Birincisi, hakaret içeren kişilerin şeref ve onurlarını rencide eden sözlerin halka ilan edilmesidir (convicium contra bonos mores²⁴). Bu durumda, cezanın amacı, ifadenin gereksiz yere halka yayılması olarak ortaya çıkar. Bu sebeple, söylenen sözün gerçek olmasının herhangi bir önemi yoktur. İkincisi ise özel olarak, doğrudan kişiye karşı yapılan hakarettir. Bu hakaret türünde, aşağılama, doğrudan doğruya sözün içeriğinden kaynaklandığından dolayı sözün gerçek olması yeterli bir savunma olarak ortaya çıkar, çünkü hiç kimse yanlış bir ün için kanuni bir korunma talep etme hakkına sahip değildir. Bu tür suçlarda söylenen sözün gerçek olduğuna inanılmış olması bile savunma olarak kabul

²¹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.7-8

²² Erdoğan, Belgin, ve Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2000, s.35

²³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.8

²⁴ Wikipedia The Free Encyclopedia; 2007, a.g.l.

edilebilir²⁵. Bu dönemde de genellikle şeref ve saygınlığın özel hukuk hükümleriyle korunduğu ve manevi zararların tazmin suretiyle giderildiği görülür²⁶. Ancak zamanla ceza hukukunun genişlemesiyle, birçok hakaretin büyük ciddiyetle cezalandırıldığı yeni çözümler ortaya konmuştur. Hakaretin, kitap ve yazılarla yapılması, yaygınlaşması ve bu nedenle öneminin artması sebebiyle, kitap ve yazılarla yapılan hakaretler; imparatorluk döneminde özellikle “pasquil” ler yani “heykellerle, duvarlara yazılan yazılarla” yapılan hakaretler ağır cezalarla cezalandırıldı²⁷. Hâlen İngiltere’de “libel” olarak kullanılan kavramın kaynağı olan “libri” veya “libelli famosi” kavramları hakaret suçları için kullanılmaya başlandı;

Roma Hukuku’nda haksız fiile uğrayan kişinin mirasçılarının da murisin açabileceği bütün ceza davalarını bazı istisnalar dışında aynen açabileceği kabul edilmiştir²⁸. Ayrıca, bir kişiye yapılan bir haksız fiilin bu kişinin yakınlarını etkileyebileceği, başkalarına zarar verebileceği (dolayısıyla iniuria) kabul edilmekte; failin üçüncü kişinin zarar görebileceğini bilerek yani kasten böyle bir fiil işlemesi hâlinde zarar gören üçüncü kişilerin de fail hakkında dava açabilecekleri kabul edilmekteydi²⁹.

2. Alman Yerel Devletleri Hukuku (Cermen Hukuku)

Alman Hukuku, Ortaçağ İtalyan Devletleri Hukuku’na önemli derecede etki etmiştir. Bugünkü anlamda, şerefi ve saygınlığı belirgin bir şekilde Alman Hukuku’nda görmek mümkündür. Bu hukukun en önemli özelliği şerefi, hukuki bir değer kabul etmiş olmasıdır³⁰. Tüm Alman Kanunlarında olmamakla birlikte, bazı kanunlarda saç, sakal kesmek, yumruk atmak, büyücü, alçak, tembel demek hakaret kabul edilmekte idi. Bazı yerel kanunlarda ise kadınlara ve ruhban sınıfına yapılan hakaretleri

²⁵ Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, http://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Defamation&oldid=173019831#Origins_of_defamation_la_w (23/11/2007)

²⁶ Soyaslan 2005, a.g.e., s.229

²⁷ Wikipedia The Free Encyclopedia; 2007, a.g.l.; Soyaslan 2005, a.g.e, s.229

²⁸ Erdoğan ve Tahiroğlu 2000, a.g.e., s.29

²⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.9

³⁰ Soyaslan 2005, a.g.e., s.229

cezalandırmakta idi³¹. Mağdurun şerefi, söylenenlerin geri alınması, zararın tazmini, çeşitli uzlaşma bedelleri ödenmek suretiyle korunmaya çalışılırdı³².

3. Kilise Hukuku (Canon Kanunu)

Ortaçağ'da Avrupa'nın birçok bölgesinde ulusal devletlerin gelişiminden önce ve gelişimi esnasında "Christian Court–Kilise Mahkemeleri" veya "Court Spiritual-Ruhani Mahkemeler" çok büyük güce sahipti. Roma ve Alman Hukuklarına önemli derecede etki eden Kilise Hukuku, farklı kiliselerin dinî kanunlarından oluşmaktaydı³³. Kilise Hukuku'nda, ruhban sınıfının şerefini sözlü ya da fiili saldırılardan korumak maksadıyla dayak, aforoz gibi cezalar uygulanırdı³⁴.

4. Ortaçağ Hukuku

Ortaçağ'da şerefe saldırı fiilleri nadir olarak cezalandırılmıştır. Özellikle devlet otoritelerinin zayıf olduğu dönemlerde şahsi öç (düello), şerefe karşı saldırılarda en önemli koruma yöntemi kabul edilmiş, zamanla örf, adet hâlini almış ve kanunlarla düzenlenmiştir. Hatta Portekiz'de şerefe saldırılarda mahkemeye başvurulması şerefsizlik sayılmıştır³⁵. Özellikle soyluların şereflerine verdikleri değer ve önem, zamanla düelloların artmasına ve toplum düzeninin bozulmasına sebep olmuş, düello yasaklanmıştır. Bu dönemde şahsi öç usulünün ortadan kaldırılması ve şerefe karşı fiillerin cezalandırılması için ünlü ceza hukukçuları tarafından çeşitli öneriler getirildiği görülmektedir³⁶. Bu tür fikirler kabul görmüş ve şerefi ihlal eden fiillerin cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Matbaanın keşfinden sonra hakaret suçları, ayrı bir önem kazanmış ve yazıyla yapılan hakaretler sürgün, dayak hatta bazen ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır³⁷.

³¹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.11

³² Soyaslan 2005, a.g.e., s.229

³³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.12; Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, http://en.wikipedia.org/wiki/Canon_law (23/11/2007)

³⁴ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.12

³⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.13

³⁶ Beccaria, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Ankara: İmge Kitabevi, Çeviren: Sami Selçuk, 2004, s.64

³⁷ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.15

5. İslam Hukuku

İslam Hukuku'nda hakaret, başlangıçtan itibaren suç olarak kabul edilmiştir. İslam hukukunda Hakaret suçuna, "seb ve şetm" denilmekte ve bu suçlar, tazir cezasıyla cezalandırılmakta idi. Hakaretin en ağır derecesi ise "kazf" adı verilen zina isnadı idi³⁸.

Kazf, bir kimseyi ayıplama veya sövme maksadıyla zina isnat edilmesi anlamına gelmektedir. Diğer hakaret suçlarından farklı olarak, kazf suçunun cezası "had" cezası olarak uygulanmaktaydı. Söz konusu had cezası, kişi hür olursa seksen değnek, köle olursa kırk değnek vurulması şeklinde yerine getirilen bir ceza türüydü³⁹. Kazf suçu, farklı bir suç tipi olarak kabul edildiğinden diğer hakaret suçlarından farklı değerlendirilmekte ve farklı usullere tabi tutulmaktaydı. Örneğin, karşılıklı olarak birbirlerine kazf edenlerin her ikisi de had cezasıyla cezalandırılırken, karşılıklı hakaretlerde her iki faile tazir cezası verilmezdi⁴⁰.

Kazf dışındaki hakaret suçları (seb ve şetm) ise tazir cezasıyla cezalandırılan suç türleridir. Tazirin sözlük manası mutlak olarak tedip anlamındadır. İslam Hukuku'nda, azarlama cezasından ölüm cezasına kadar her çeşit cezayı içeren bir ceza türü olarak ortaya çıkar. Had cezasından farkı; haddin belirli suçlar için belirli bir ceza türü olmasıdır. Hakkında belirli bir ceza veya had cezası bulunmayan tüm suçlara uygulanacak cezalara ise tazir denir. Tazir cezası, belirli olmadığından cezanın türü ve miktarı kadıların ve yetkili makamların takdirine bırakılmıştır⁴¹.

İslam Hukuku'nda ve Osmanlı Devleti'nde Allah, Hz. Muhammed ve sahabeye sövmenin cezası, söven kişi ister Müslüman ister Müslüman olmayan biri olsun ölümdü⁴².

Tazir cezalarının türü ve miktarı, işlenen suçun ağırlığı yanında kişilerin Müslüman ve gayrimüslim olmalarına, köle olup olmamalarına, dindar, namuslu olup

³⁸ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.15

³⁹ İbn-i Abidin, **Reddül - Muhtar Ale'd - -Dürri'l - Muhtar**, İstanbul: Şamil Yayınevi, Çeviren: Ahmet Davudoğlu, c.8, 1982, s.247

⁴⁰ İbn-i 1982, a.g.e., s.284

⁴¹ Bilmen, Ömer Nasuhi, "**Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye**" **Kamusu**, İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, c.3, 1950, s.306

⁴² Erdoğan, M. Akif, **Lefkoşa Şer'i Mahkeme Tutanaklarında Şetm (1580-1640)**, VIII. Uluslararası Türkiye'nin Sosyal ve Ekonomik Tarihi Kongresi, Bursa, 1998, s.141

olmamalarına göre değişebiliyordu. Ar, hayâ duygusu olmayan; namussuz, serseri kabul edilen kimselere, daha ağır cezalar verilmesi gerektiği kabul edilmekteydi. Namuslu ve şerefli kimselerin, ceza hafif olsa da verilen her türlü cezadan utanacakları ve ıslah olacakları kabul edilirdi⁴³.

İslam Hukuku'nda bir takım tabirlerin hakaret içeriğine sahip olduğu ve bu tür isnatların her şekilde hakaret suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir. Örneğin; hırsız, hain, zalim, deyyus, şeytan ve benzeri ifadeler nerede, ne şekilde söylenirse söylensin suç oluşturur ve tazir cezasını gerektirir. Bunların dışında, bir sözün hakaret içeriğine sahip olup olmadığının belirlenmesinde örf ve adet her zaman dikkate alınır. İslam Hukuku'na göre bir toplumun örf ve adetine göre hakaret sayılmayan bir ifade, başka bir toplumun örf ve adetine göre hakaret sayılabilir ve bu toplumda, bu ifade tazir cezası ile cezalandırılabilirdi⁴⁴.

Hakaret, ayak takımından, serseri, onurlarına düşkün olmayan kimselerin birbirlerini aşağılamaları şeklinde meydana gelmişse, bu tür kişilerin birbirlerine yaptıkları hakaretlerden rencide olmayacakları, bu sebeple suçun oluşmayacağı kabul edilmekteydi⁴⁵.

İslam Hukuku'nda kişilerin, hakaret suçunu hiddet ve elem sonucu, tahrik altında işlemiş olmalarının veya hakaretin şaka maksadıyla işlenmiş olmasının önemi yoktu. Her iki hâlde de fail, suç işlemiş sayılır ve tazir cezasıyla cezalandırılırdı⁴⁶.

Eğer isnat, gerçekse yani bir kimse bir başka kimse hakkında onun yapmış olduğu bir olgudan bahsederek hakaret suçunu işlemişse, örneğin; bir hırsıza hırsız denmişse fail, doğruyu söylediğinden dolayı cezalandırılmazdı. Yani gerçek, mutlak bir savunma kabul edilmekteydi. İslam Hukuku'nda bazı hâller dışında iddia ve savunma hakkına da yer verilmiştir. Bir isnat, mahkemede iddia kapsamında söylendiğinde yani şikâyet hakkı kullanıldığında şikâyet eden kişi hakaret (şetm) etmiş sayılmazdı. Örneğin, bir kişiyi hırsızlık suçundan dolayı şikâyet eden bir kimse, davasını ispat edemese bile o kişiye hakaret etmiş sayılmaz, yani hakaret suçu oluşmazdı. Ancak, zina

⁴³ Bilmen 1950, a.g.e., s.311

⁴⁴ Bilmen 1950, a.g.e., s.322

⁴⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.15; Bilmen 1950, a.g.e., s.322

⁴⁶ İbn-i 1982, a.g.e., s.296

davası, yani kazf şikâyetlerinde bu kural uygulanmamaktaydı. Zinadan dolayı şikâyet eden kimse, iddiasını mutlaka ispat etmek zorundaydı; eğer iddia ispat edilemezse şikâyet eden kişi kazf etmiş sayılır ve had cezasıyla cezalandırılırdı⁴⁷.

Bazı İslam hukukçuları bir kimseye köpek domuz, maymun vb. tabirlerle hakaret edildiğinde bu tabirlerin yalan ve yanlış olduğunun çok açık ve yalın olduğunun herkesçe bilinmesi sebebiyle, hakaret suçunun oluşmayacağını ileri sürmektedirler. Bazı hukukçular ise bu tabirlerin de hakaret suçunu oluşturacağını ifade etmektedir. Ancak bu tür ifadelerin eşraftan birine söylenmesi hâlinde, hakaret suçunun oluşacağı genel olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

İslam Hukuku'nda hakaret suçlarında kul hakkının daha ağırlıkta olması sebebiyle mağdurun, faili affetmesi kabul edilir. Mağdurun şikâyetinden vazgeçmesi hâlinde faile ceza verilmez. Ancak, "Allah hakkı" olduğu kabul edilen suçlarda örneğin, kazfda şikâyetten vazgeçme kabul edilmez. Yine kul hakkının üstün olduğu hakaretlerde yemin kabul edilmesine rağmen, Allah hakkının bulunduğu hakaretlerde yemin verilmesi kabul edilmez⁴⁹.

6. Osmanlı Hukuku ve Türk Hukuku

Osmanlı İmparatorluğunda da genel olarak İslam Hukuku uygulandığından, Osmanlı Devleti için de, İslam Hukuku hakkında söylenenler geçerlidir. Ayrıca İslamiyet'ten önceki Türk Hukuku hakkında hakaret suçları ile ilgili herhangi bir kaynak bulunmadığından dolayı bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır. Hukuk tarihimizde İslamiyet sonrası dönem, M.S.940 tarihinden başlayıp 1926 yılına kadar sürmüştür. Yaklaşık bin yıllık bir zamanı kapsayan bu devrede, Türk devletlerinde İslam Hukukunun uygulandığı kabul edilir. Bu dönemim başında (İslamlaşma safhası) ve sonunda (Tanzimat'tan sonra) meydana gelen değişikliklerle birlikte İslam Hukuku

⁴⁷ İbn-i 1982, a.g.e., s.299

⁴⁸ Bilmen 1950, a.g.e., s.322; İbn-i 1982, a.g.e., s.299-303

⁴⁹ İbn-i 1982, a.g.e., s.301

yine yürürlükte kalmıştır⁵⁰. Bu sebeple İslam Hukuku için söylenenler genel olarak Türk Hukuku içinde geçerlidir.

Osmanlı devletinde şerefe karşı saldırılar hakkında, sadece, Kanuni Sultan Süleyman'ın⁵¹ kanunnamesinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm “Bir kimse ahara na meşru kelimat söylese kadı tazir edip iki değneğe bir akça alına.” Şeklinde dir. Bu kanuna göre, şerefe saldırı hâlinde tazir cezası verilmesi gerekmektedir. Bu durumda kadının⁵² takdir edeceği değnek sayısının yarısı kadar para cezası alınır, eğer fail para cezasını ödemez ise bu kez takdir edilen sayıda değnek vurulurdu⁵³.

Osmanlı devletinde Tanzimat döneminde hakaret(şetm) ile ilgili olarak 1857(1274) tarihli “Ceza Kanunname-i hümayunu” nda sadece kısa bir madde vardır (md. 214)⁵⁴. Bu madde de hakaret ve sövme suçlarından bahsedilmekte idi. Bu madde, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra iki kez değiştirilmiştir. Söz konusu maddede hakaret suçu “zem” olarak ifade edilmekte idi. Bu maddeye göre “Bir cürmü mahsus tayini ile veya cürüm teşkil etmeyecek bir maddei mahsusa beyanı ile şerefe saldırılar” hakaret suçu olarak düzenlenmişti. Ayrıca madde de sövme suçu “kadih” olarak ifade edilmiş ve bir maddei mahsusa tayin edilmeden şerefe yapılan saldırılar sövme olarak kabul edilmiştir. İhtilat ve aleniyette madde içerisinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 765 sayılı TCK'nın 480 ve 482. maddelerinde düzenlenen hakaret ve sövme suçlarından çok farkı bulunmamaktadır⁵⁵.

⁵⁰ Gökçen, Ahmet, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s.38

⁵¹ I. Süleyman, (Doğum. 27 Nisan 1494, Trabzon – Ölüm. 6 Eylül 1566). 10. Osmanlı padişahı ve İslam halifesidir. Kanuni Sultan Süleyman olarak anılır
http://tr.wikipedia.org/wiki/Kanuni_Sultan_S%C3%BCleyman (18/05/2008)

⁵² Tanzimat'a kadar her türlü davaya, Tanzimat ile Medeni Kanun arasındaki dönemde ise yalnız evlenme, boşanma, nafaka, miras davalarına bakan mahkemelerin başkanları; Türk Dil Kurumu, 2008, <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA> (18/05/2008)

⁵³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950 a.g.e.,s.17; Erdoğan 1998 a.g.e.,s.140

⁵⁴ Karayalçın 1962 a.g.e.,s.258

⁵⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950 a.g.e.,s.20

III. MUKAYESELİ HUKUK

1. İngiliz Hukuku

İngiliz Hukuku'nda şerefe karşı saldırılara genel olarak “defamation” denmektedir. Bu ifade, herhangi bir kişiye, gruba, devlet organına, ulusa karşı yanlış iddialarla, onların şerefine zarar verecek şekilde iletişim kurmak anlamına gelmektedir⁵⁶.

İngiliz Hukuk Sistemi'nin önemi, “Common Wealth⁵⁷” ülkelerinin hemen hemen tümünün, bunların yanında ABD'nin ve İrlanda Cumhuriyeti'nin halen uygulanan hakaret suçlarına ilişkin hükümlerinin; bu Hukukun kanun ve uygulamalarından etkilenmesi, hatta birebir İngiliz uygulamalarından alıntı yapılarak uygulanmasından kaynaklanır⁵⁸.

İngiltere'de hakaret fiilleri kullanılan aracın mahiyetine göre ikiye ayrılmıştır. Şerefe zarar veren fiil, bir yazı veya devamlı suretle kalabilecek veya görülebilecek herhangi bir şekilde yapıldığında (resim, pankart, heykel gibi) “libel” olarak adlandırılan hakaret şekli oluşur. Eğer hakaret, söz veya hareket gibi kalıcı olmayan şekilde yapılan şerefe saldırılar şeklinde ise “slander” denilen hakaret şekli ortaya çıkar. İngiltere'de libel olarak adlandırılan hakaret şekli suç olarak kabul edilir ve ceza müeyyidesi ile karşılaşılır; slander ise sadece haksız fiil olarak kabul edilir ve tazminata konu olabilir⁵⁹.

İngiltere'de hakaret içeren fiiller, uzun zaman haksız fiil kabul edilerek tazminatla karşılanmıştır. Ancak, 1275 yılınca “Scandalum Magnatum⁶⁰” denilen hakaret şekli ortaya çıkmıştır. Bu, asilzadelerin onurunu korumaya yönelik bir düzenlemedir ve sadece asilzadelere ve ileri gelenlere yapılan hakaretler söz konusu

⁵⁶Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, **Defamation**, <http://en.wikipedia.org/wiki/Libel#England> (23/11/2007)

⁵⁷ Genellikle “Common Wealth” veya bazen “İngiliz Common Wealth” olarak bilinir. Elliüç özgür, egemen devletin gönüllü olarak kurdukları birliktir. Çoğunluğunu önceki İngiliz kolonileri (İngiltere ve Mozambik dışında) oluşturur. Demokrasi, insan hakları, kişisel özgürlük, eşitlik, çoktarafılık, dünya barışı gibi amaçlar için oluşturulmuş bir organizasyondur. (Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, **Commonwealth of Nations**, http://en.wikipedia.org/wiki/Commonwealth_of_Nations (23/11/2007))

⁵⁸ Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, **Defamation**, <http://en.wikipedia.org/wiki/Libel#England> (23/11/2007)

⁵⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.26

⁶⁰ Asilzadelere ve devletin ileri gelenlerine yapılan hakaretlere verilen addır. (Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, **Privilege of Peerage**, http://en.wikipedia.org/wiki/Privilege_of_Peerage (23/11/2007))

kavramla suç olarak kabul edilmiş ve cezalandırılmıştır. İngiltere’de asilzadeler dışındaki kişilere karşı yapılan hakaretin suç sayıldığı ve cezalandırıldığı ilk dava 17. yy başlarında “Star Chamber⁶¹” mahkemesi tarafından verilen kararlar ortaya çıkmıştır. Söz konusu mahkemede bir hâkim, hakaretin bir suç olduğuna ve cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararın sebebi, hakaret eylemi sebebiyle oluşabilecek halkın şiddetli misilleme ve saldırılarına karşı, halkın düzeninin bozulmasını engellemektir. Mahkeme kararında ayrıca, hakaretin barış ihlaline eğilimli olduğunu da belirtmiştir⁶².

İngiltere’de 1843 yılında hakaret kanunu “libel act”, yürürlüğe konmuştur. Bu kanuna göre, hakaret suçunun oluşması için kişi kötülenmeli, iftiraya uğramalı, küçük duruma düşmeli, alay konusu olmalı ve nefret edici duruma düşme eğilimi ortaya çıkmalıdır. Bunun yanında kişiye yöneltilen hakaret, ciddi olmalı; önemsiz olmamalıdır. Bu şekilde işlenen herhangi bir fiilin suç oluşturabilmesi için mutlaka fiilin kalıcı bir şekilde işlenmesi gerekir (Yazı resim heykel vb.) ve fiil aleni olarak işlenmelidir⁶³. Bunun yanında, isnat edilen fiilin yanlış olduğunun, doğru olmadığının gösterilmesi gerekir. Hakaret içerikli yazının yayınlanması, kötü niyetli olmalıdır. Yani, amacın kişiyi küçük düşürmeye, şerefini rencide etmeye yönelik olması gerekir⁶⁴. Ancak kanun, yazının yayınlanması hâlinde kötü niyetin varlığını karine olarak kabul etmektedir. Kötü niyetin bulunmadığı her zaman ispat edilebilir⁶⁵. İngiliz Hukuku’na göre bir isnad, kişinin yaşadığı yerde bulunan kişilerin görüşleri ne olursa olsun doğru ya da yanlış, eğer çevresindekilerin kişiye düşmanlık beslemesine sebep oluyorsa bu isnad, ceza davasına konu olabilmektedir⁶⁶. İngiliz Mahkemeleri, toplulukların, tüzel kişilerin hakaret suçu mağduru olabileceğini kabul etmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi İngiliz Mahkemelerinde gerçek, bir savunma şeklidir. Fail, isnat ettiği eylemin doğru veya gerçek olduğunu ispatlayabilirse suçtan kurtulur. Fail, söz konusu sözlerin kendisine ait olmadığını, bir başkasına ait olduğunu

⁶¹1487 ve 1641 yılları arasında Kraliyet Westminster Sarayı’nda kurulmuş İngiliz Mahkemesi’dir. (Walker, Clive, 2006, **Reforming the Crime of Libel**, New York Law School Law Review, <http://www.nyls.edu/pdfs/NLRVol50-106.pdf> (23/11/2007))

⁶²Walker 2006, a.g.l.

⁶³Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.27

⁶⁴Walker 2006, a.g.l.

⁶⁵Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.27

⁶⁶Walker 2006, a.g.l.

ve bir başkasından duyduğu ifadeleri yazdığını iddia etse de bu gerçeğin savunulması olarak kabul edilemez. Yazılan şeylerin başkaları tarafından söylenmiş olmasının bir önemi yoktur. Eğer fail, mağdurun eski bir mahkûmiyetinden bahsederek hakaret etmişse faile bu mahkûmiyeti ispat etme hakkı verilmez; hiç kimse doğru da olsa başka bir kimseye eski bir mahkûmiyetinden (spent conviction) bahsederek hakaret edemez (Rehabilitation of Offenders Act 1974 UK Parliament⁶⁷). İngiliz Kanunu'na göre kişilerin geçmişte düşüncesizce yaptıkları bir hata sebebiyle tüm hayatları boyunca bu hatalarından dolayı lekelenmemesi gerekmektedir. İngiliz Kanunları, haber verme hakkını da koruma altına almıştır. Eğer, gazeteci kötü niyetli hareket etmiyorsa ve ithamlar doğruysa (gerçekse), halkın yararına ise (kamu yararı varsa) hakaret davasında savunma olarak kabul edilebilir⁶⁸. İngiliz Hukuku, gerçek olsa da devlet sırlarının, kişinin özel hayatının yayınlanmasının sakıncalarını dikkate alarak, bu tür yayınların yapılmasını yasaklar. Ancak, eğer bu tür yayınların yapılmasında kamu yararı varsa olayın gerçekliğinin ispatına izin verir. Bu izin, ispatın objektif kanıtlarla yapılmasıyla sınırlıdır. Yine bu tür suçlarda, hakaretin doğru olduğuna inanılması yetmez; doğruluğun mutlaka ispatlanması gerekir⁶⁹.

İngiltere'de hakaret suçu çok nadir olarak görülmekte ve uygulanmaktadır. 1948 ve 1975 yılları arasında sadece dört ceza davası vardır; 1970 ve 1983 yılları arasında beş duruşma, yirmi iki ihtar vardır; 1984 ve 1995 yılları arasında sadece on üç kişiye ceza verilmiş ve ihtar edilmiştir; 1996 ve 2001 yılları arasında ise sadece beş kişiye ceza verilmiştir⁷⁰.

2. Alman Hukuku

Alman Ceza Kanunu'nda hakaret suçları, özel kısımda "Tahkir" başlığıyla on dördüncü bölümde 185 ve 200 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler; sövme, hakaret, iftira, siyasetçilere hakaret, ölünün hatırasına hakaret, gerçeğin ispatı, haklı

⁶⁷ Wikipedia ,2007, Rehabilitation of Offenders Act 1974, http://en.wikipedia.org/wiki/Rehabilitation_of_Offenders_Act_1974 (23/11/2007)

⁶⁸ Wikipedia ,2007, Rehabilitation of Offenders Act 1974, http://en.wikipedia.org/wiki/Rehabilitation_of_Offenders_Act_1974 (23/11/2007)

⁶⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.27

⁷⁰ Walker 2006, a.g.l.

çıkarların dikkate alınması, şikâyet, karşılıklı hakaret ve hükmün ilanı hükümlerini içermektedir⁷¹.

Alman Ceza Kanunu'nda hakaret suçu, kişilerin şeref ve saygınlıklarının korunduğu “genel hakaret suçu” ile başka hukuki değerlerin korunduğu “özel hakaret suçları” olmak üzere ikiye ayrılır. Alman Ceza Kanunu'nda genel hakaret suçları, sövme (madde 185), hakaret (madde 186) ve iftira (madde 187) olmak üzere üç suç tipine ayrılmıştır. Alman Hukuku'nda hakaret suçu; “Üçüncü bir kişi hakkında doğruluğu ispatlanmamış ve onu toplumun nefretine maruz bırakmaya elverişli küçük düşürecek bir olguyu iddia etmek ve yaymaktır. İddia edilen olay, onur kırıcı bir olay olmalıdır⁷².” şeklinde açıklanmaktadır. Bu fiilin ne olduğu hakkında, tam bir görüş birliği bulunmaz. Ancak, bir kişinin suç isnadı ile aşağılanması genellikle hakaret olarak kabul edilir. Alman Hukuku'nda hakaret suçunun oluşması için isnadın kişinin gıyabında yapılması gerekir. Eğer isnat, yüze karşı yapılmışsa sövme suçu oluşur⁷³. Hakaret suçunun oluşması için isnat edilen fiilin doğru olup olmamasının önemi yoktur. Ancak, fiilin ispat edilememesi gerekir; eğer fiil ispat edilemiyorsa doğru olsa bile hakaret suçu oluşur⁷⁴. Hakaretin ispat edilemez olması, objektif bir cezalandırma şartı olarak kabul edilmiştir. Hakaret suçunda isnat edilen hususun gerçek olup olmadığı önemli değildir. Failin kastının şerefi rencide edebilecek nitelikte ve tahkire elverişli bir fiil veya olguyu iddia etmeyi ve yaymayı kapsamaması yeterlidir. Bu sebeple, Alman Hukuku'nda diğer suçlar da kabul edilen fiili ve hukuki “hata” hükümleri hakaret suçu için uygulanmaz⁷⁵.

Alman Ceza Kanunu'ndaki iftira suçu da mağdura muayyen bir fiil veya olgu isnat edilmesi hâlidir. Ancak, hakarettten ayrıldığı nokta söz konusu fiilin veya olgunun gerçek olmadığının, doğru olmadığının ispat edilebilmesi ve isnat edilen fiilin gerçek olmadığının sabit olmasıdır. İftira suçunun oluşabilmesi için failin, fiilin veya olgunun

⁷¹ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.213

⁷² Telenbach, Silvia, 2007, **Alman Ceza Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Hakaret Suçları**, Bahçeşehir Üniversitesi Global Hukuk Programları IGUL, http://igul.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon_id=7&ana_id=59&lang=TR&d_id=5Telenbach (15/01/2008)

⁷³ Telenbach 2007, a.g.l.

⁷⁴ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.28

⁷⁵ Telenbach 2007, a.g.l.

gerçek olmadığını, doğru olmadığını bilmesi ve bilerek böyle bir isnatta bulunması gerekir⁷⁶.

Alman Ceza Hukuku'nda sövme suçu, bir değer yargısı ifadesi olup saygı göstermemenin bildirilmesidir. Yani tipik küfür sözleri (hayvan, köpek, domuz) sövme olarak kabul edilir ve sövme suçunu oluşturur. Sövme suçu, “hareketle” de işlenebilir. Ancak, Alman Hukuku'nda eğer sövme suçu, herhangi bir hareketle gerçekleşmişse suçun cezası ağırlştırılır⁷⁷.

Alman Ceza Hukuku'nda isnadın ispatı prensip olarak kabul edilmiş, sadece iki noktada önceden değerlendirme yapılmıştır: Kendisine hakaret edilen kişi isnat edilen fiilden dolayı yapılan yargılamanın neticesinde kesinleşmiş bir kararla mahkûm olmuşsa gerçek ispat edilmiş sayılır, buna karşılık ilgili kişi kesin hükümle beraat etmişse, bu olgunun ispatı kabul edilmez (Alman Ceza Kanunu madde 190)⁷⁸. Açıklamadan da anlaşıldığı gibi TCK'nın 127. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi Alman Ceza Kanunu'nun 190. maddesinin bire bir benzeridir. Ancak, iki kanun arasındaki temel fark; Alman Ceza Kanunu'nda prensip olarak her hâlde isnadın ispatının kabul edilmesi öngörölmüşken TCK'da prensip olarak isnadın ispatı kabul edilmez. Ancak, kanunda belirtilen hâllerde istisnaen, isnadın ispatı kabul edilebilir.

Alman Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk sebepleri, Kanunu'nun 193. maddesinde “haklı menfaatlerin kullanılması” başlığıyla düzenlenmiştir. Bu madde: “Bilimsel, sanatsal veya ticari eserleri yeren ifadeler ile hakkın kullanılması veya savunulması veya haklı yararların kullanılması için yapılan açıklamalarda, üstün asta yönelttiği ikaz veya başvurularda, görevine ilişkin bildirimlerde veya bir memurun göreve ilişkin duyuru veya belirttiği görüşlerinde yer alan yerici ifadeler, sadece açıklamanın yapılış biçiminden veya açıklamanın gerçekleştiği koşullardan ortaya çıkan sövme dolayısıyla cezalandırılabilir⁷⁹.” şeklindedir.

⁷⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.29

⁷⁷ Telenbach 2007, a.g.l.

⁷⁸ Telenbach 2007, a.g.l.

⁷⁹ Telenbach 2007, a.g.l.

3. İtalyan Hukuku

İtalyan Ceza Kanunu da hakaret suçlarını özel hakaret ve genel hakaret suçları olmak üzere ikiye ayırmış; devlet başkanlarına, hükümet organlarına ve memurlara yapılan hakaretleri özel hakaret suçları olarak düzenlemek suretiyle daha ağır cezalar öngörmüştür⁸⁰.

1930 tarihinde İtalyan Ceza Kanunu, şerefe karşı genel hakaret suçlarını, hakaret ve sövme olarak ikiye ayırmıştır. Şerefe karşı suçlarda, hakaret ve sövme ayrımı fiilin mağdurun gıyabında yapılıp yapılmamasına göre belirlenmiştir. Eğer fiil, mağdurun gıyabında yapılmışsa; mağdurun kendisini savunamayacağı, dolayısıyla daha ağır bir saldırının söz konusu olacağı düşünülerek bu tür fiillere daha ağır cezalar verilmesi öngörülmüş ve gıyapta yapılan şerefe saldırılar “hakaret” olarak kabul edilmiştir. Eğer, şerefe tecavüz mağdurun huzurunda yapılmışsa sövme suçu oluşur⁸¹. Ayrıca İtalyan Ceza Kanunu, suçun alenen işlenmesini ve hakaretin resmi evrakla yapılmasını ağırlaştırıcı sebep saymaktadır. Tahrik ise bir ceza muafiyeti sebebi olarak kabul edilmiştir⁸².

İtalyan Hukuku’nda, Türk Hukuku’nda da bulunan ancak genel olarak Avrupa’nın diğer hukuk sistemlerinde bulunmayan bir isnadın ispatı hâli düzenlenmiştir. Bu düzenleme, mağdurun iddianın ispat edilmesini talep etmesi hâlinde isnadın ispatının kabul edilmesidir⁸³.

4. Fransız Hukuku

Fransız Hukuku’nda da şerefe karşı suçlar, hakaret ve sövme olarak iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Hakarete, muayyen bir fiil veya olgunun isnadı; sövmeye ise olumsuz bir değer yargısı ve kanaatin ifadesi söz konusudur. Fransa’da hakaret suçu, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş ancak daha sonra bu düzenlemeler tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Şerefe karşı suçlarla ilgili ceza kanununda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Fransa da şerefe karşı suçlar, 29 Temmuz 1881

⁸⁰ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.29

⁸¹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.29; Soyaslan 2005, a.g.e., s.231; Telenbach 2007, a.g.l.

⁸² Soyaslan 2005, a.g.e., s.231; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.30

⁸³ Telenbach 2007, a.g.l.

tarıhli basın  zg rl   u hakkındaki kanunun 29. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup günümüze kadar birçok değişikliğe u ramıřtır⁸⁴.

29 Temmuz 1981 tarihli Basın Kanunu'na göre şerefe saldırıların alenen işlenmesi hâlinde hakaret veya sövme suçu oluşabilir. Aksi takdirde genel hükümlere tabi olan ve kabahat sayılan bir fiil ortaya çıkar. Dolayısıyla, şerefe karşı tecavüzün alenen yapılmış olması, suçun unsurlarından bir tanesidir. Suçun alenen yapılmış olması için basın yoluyla yapılmış olması şart değildir; başka suretlerle alenen işlenmiş de olabilir⁸⁵. Eğer bir kişiye alenen somut bir fiil veya olgu isnat edilmişe hakaret suçu; sadece alenen bir kanaat, bir değer yargısında bulunulmuşsa sövme suçu oluşur.

Fransa'da da sövme suçu herhangi bir hareketle de işlenebilir. Eğer tek bir fiille hem hakaret, hem sövme suçu işlenmişe "fikri içtima kuralları" uygulanır. Fransa'da isnadın ispatı prensip olarak kabul edilmiştir; ancak küçük mağdurların korunması için bunlarla ilgili yapılacak araştırmalar hariç, özel hayatı ilgilendiren hâller ile üzerinden on seneden fazla süre geçmiş veya genel affa veya zaman aşımına uğramış olaylara ilişkin isnadın ispatı kabul edilmemiştir (Fransız Basın Kanunu madde 35⁸⁶.) Fransa'da hukuka uygunluk sebepleri suçun manevi unsuru yönünden ele alınmıştır. Eğer bir beyan "eleştiri" kastıyla yapılıyorsa, beyanda hakaret kastı yoksa fiil, cezalandırılmamaktadır⁸⁷.

5. Polonya Hukuku

Polonya Ceza Kanunu'nda şerefe karşı suçlar, özel kısımda "şerefe ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar" başlığıyla 212 ve 216. maddeler arasında d zenlenmiřtir⁸⁸. Polonya Ceza Kanunu'nda da şerefe karşı suçlar, hakaret ve sövme suçları olarak ayırımı tabi tutulmuştur. Her ne kadar Polonya Ceza Hukuku'nda daha önce "iftira" başlığıyla üçüncü bir suç şekli bulunmakta ise de "hakaret suçu" ile "iftira" arasındaki

⁸⁴ Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, ve R. Murat  nok, **Teorik ve Pratik Ceza  zel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s.413); Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.23

⁸⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.24

⁸⁶ Telenbach 2007, a.g.l.

⁸⁷ Telenbach 2007, a.g.l.

⁸⁸ Centel, Zafer ve  akmut 2007, a.g.e., s.213

sınır belirlenmesindeki zorluklar ve uygulamada bu husustaki sıkıntılar dikkate alınarak iftira suç tipi kaldırılmıştır⁸⁹.

Polonya Hukuku'nda hakaret yine birçok hukuk sisteminde olduğu gibi somut bir olgu iddiası olarak kabul edilirken sövme suçu ise yine bir değer yargısının, kanaatin bildirilmesi şeklinde ortaya çıkar. Polonya'da isnadın ispatı müessesesi, aleni ve aleni olmayan isnat ayırımına göre düzenlenmiştir; aleni olmayan isnatlarda isnadın ispatı sınırsız olarak kabul edilir; alenen yapılan isnatlarda ise sadece kamu yararının bulunması hâlinde isnadın ispatına izin verilmiştir. Ayrıca, özel hayatla ilgili konularda isnadın ispatı, prensip olarak kabul edilmemiştir, ancak insanların vücut bütünlüğünün korunması ve küçüklerin ahlaki çöküntüden sakınılması gereken hâllerde istisnalar tanınmıştır. Bunların yanında Polonya'da da görev ve mesleki yükümlülüklerin ifası kapsamında ve mahkeme ve diğer makamlarla ilgili işlemler hakkında yapılan açıklamalar hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir⁹⁰.

6. Hakaret Suçunun Uluslararası Eğilimi

Hâlen birçok hukuk sisteminde şerefe karşı suçlar, farklı ölçütler kullanılarak cezai müeyyidelerle karşılanmaktadır. Ancak kişilerin şeref ve özel hayatlarına müdahale edilmesinin ceza müeyyidesi ile güvence altına alınmış olması çeşitli şekillerde eleştirilmektedir. Şerefe karşı suçların ifade özgürlüğünü kısıtlama eğiliminde ve ifade özgürlüğü ile çatışma hâlinde olması, demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün üstün ve önemli bir değer ve hak olduğunun kabul edilmesi sebebiyle iki hak arasındaki gerilimin ifade özgürlüğü lehine çözülmesi sonucunu ortaya koymuştur. Hakarete karşı cezai müeyyide uygulaması; ifade özgürlüğüne, basın özgürlüğüne ciddi bir tehdit olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında, yanlış ve gülünç bir ifadenin dahi toplumun politikasına ve sosyal müzakerelere yardımcı olabileceği ifade edilmektedir. Klasik liberal teorinin, "Aptalca ve yanlış konuşmalar dahi gerçeklere ışık tutmada yardımcı olabileceğinden fikirler pazarında yer almalıdır"⁹¹ şeklindeki açıklamasının, uluslar arası eğilimin ana fikrini ortaya koyduğu söylenebilir. Dolayısıyla ifadenin korunması, esas amaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda hakaretin ceza

⁸⁹ Telenbach 2007, a.g.l.

⁹⁰ Telenbach 2007, a.g.l.

⁹¹ Walker 2006, a.g.l.

müeyyidesiyle karşılanmasının acil ve sosyal bir ihtiyaç olmadığı, hukuk davalarıyla da kişilerin şeref ve saygınlıklarının yeterince güvence altına alınabileceği ileri sürülmektedir. Bu sebeplerle birçok ülkede ve uluslar arası örgütlerce, şerefe karşı suçların ceza müeyyidesi ile karşılanmaması gerektiği ileri sürülmüş ve kabul edilmiştir.

İngiltere ve Kanada’da şeref ve saygınlığın ceza tehdidiyle korunmasının gereksiz olduğu iddia edilmiş ve bu tür kanunların kaldırılması gerektiği ileri sürülerek tartışılmıştır ve hâlen tartışma devam etmektedir. Ayrıca, Yeni Zelanda’da hakaret suçu yürürlükten kaldırılmıştır. ABD’de ise yine hakaret suçunun kaldırılıp kaldırılmaması hususu tartışılmış; bazı eyaletlerde hakaret suçu kaldırılmış olmasına rağmen bazı eyaletlerde suç olarak kalmaya devam etmiştir⁹².

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Organizasyonu (OSCE-The Organisation for Security and Co-operation in Europe), medyanın özgürlüğü konusunda çalışmalar yapmış ve 1997’de kurulduğundan bu yana ezici hakaret kanunlarına karşı kampanya başlatmıştır. Bu kampanya neticesinde, organizasyon katılımcılarından yedisi; Bosna Hersek, Güney Kıbrıs, Estonya, Gürcistan, Moldova, Ukrayna ve ABD ceza kanunlarından hakaret suçlarını kaldırmıştır. ABD’de on yedi eyalet ve iki bölge hakaret kanunlarını korumuştur, ancak ABD’de federal hakaret kanunu bulunmamaktadır. Bunların yanında, Bulgaristan, Hırvatistan, Makedonya, Karadağ, Romanya ve Sırbistan ise hakaret suçlarını korumakla birlikte bu suçlarda hapis cezasını kaldırmış, bu suçları işleyenlere yalnız para cezası verilmesini kabul etmişlerdir. OSCE, hakaretin suç olmaktan çıkarılması ve şerefe karşı saldırıların medeni hukuk hükümleriyle korunması yönünde çalışmalarını sürdürmeye ve bu konuya odaklanmaya devam edeceğini belirtmektedir⁹³.

Avrupa Konseyi (Council of Europe), hakaretin suç olmaktan çıkarılması yönündeki uluslar arası yeni eğilimi desteklemektedir. AİHM, özellikle kamuoyunu ilgilendiren konularda yapılmış olan hakaretleri suç saymamaktadır. Ayrıca, basına özel

⁹² Walker 2006, a.g.l.

⁹³ Dohel, Ilia, 2006, **Representative on Freedom of the Media: Report on Achievements in the Decriminalization of Defamation**, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/10/article1> (18/05/2008)

bir önem vermekte ve basın tarafından yapılan hakaretleri geniş ölçüde suç kabul etmemektedir⁹⁴.

⁹⁴Council of Europe, 2007, **Resolution 1577 (2007) Towards decriminalisation of defamation**, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1577.htm#1> (18/05/2008)

IV. 5237 SAYILI TCK ile 765 SAYILI TCK ARASINDAKİ FARKLAR

765 Sayılı TCK’da “şahıslara karşı cürümler” başlıklı 9. babın 7. Faslında “hakaret ve sövme cürümleri” ifadesiyle düzenlenen genel tahkir suçları, TCK’da özel hükümler adlı 2. Kitabın “kişilere karşı suçlar” başlığını taşıyan 2. Kısımının 8. Bölümünde “şerefe karşı suçlar” ifadesiyle düzenlenmiştir.

TCK’da cürüm, kabahat ayırımı kaldırıldığından başlık, “şerefe karşı suçlar” olarak yazılmıştır. 765 Sayılı TCK’nın başlığına nazaran, 5237 Sayılı Kanunun başlığının kapsamının çok daha geniş ve çok daha genel olduğu görülmektedir. Zaten kanun koyucu 765 Sayılı TCK’da özel tahkir suçları kapsamında düzenlenen birçok suç tipini TCK’nın 125. maddesinde düzenleyerek başlıkla uyumlu ve paralel bir yol izlemiştir.

TCK’yla, 765 Sayılı TCK arasındaki en belirgin fark hakaret ve sövme ayırımının kaldırılmış olmasıdır. TCK, hakaret ve sövme suçlarını hakaret başlığıyla bir arada düzenlemiştir. TCK’nın 125/1. fıkrası, “ bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi...” şeklinde düzenleme yapmak suretiyle hem somut bir fiil veya olgu isnadı suretiyle hem de sövmek suretiyle yapılan şeref ihlallerini aynı madde içerisinde düzenlemiştir. 765 Sayılı TCK’nın 480. maddesinde düzenlenen hakaret suçunun unsurlarından olan “Madde-i Mahsusa Tayini” karşılığı “somut bir fiil veya olgu” isnadı olarak kavramsallaştırılmak suretiyle dil sorunu ortadan kaldırılmış ve daha açık bir tanımlama yapılmıştır. TCK, 765 Sayılı TCK’nın 482. maddesinde düzenlenen sövme suçunu ise “sövmek suretiyle saldırıda bulunmak” şeklinde düzenleme ile karşılamıştır.

765 Sayılı TCK’da düzenlenen hakaret ve sövme suçlarında ceza, hem para hem de hapis cezasının birlikte uygulanması şeklinde iken, TCK’da ise hakaret suçunda hapis ve para cezası seçimlik olarak öngörülmüştür. 765 Sayılı TCK’da hakaret suçunun cezası daha ağır, sövme suçunun cezası daha hafiftir. Oysa TCK’da suçun haksızlık içeriği, hakaret ve sövme ayırımı gözetilerek değerlendirilmeyecek, hâkim tarafından takdir edilecektir. TCK’da hakaret suçunun cezasının seçimlik olarak düzenlenmesi

kanun koyucunun, bu tür suçların her zaman hapis cezasıyla karşılanmaması gerektiği yönündeki iradesinin bir yansıması olduğu, dolayısıyla kanun koyucunun hakaret suçuna bakış açısını değiştirdiği söylenebilir.

Hakaret suçunun nitelikli hâlleri bakımından da her iki kanunda farklı düzenlemeler vardır. Nitelikli hâllerin düzenlenmesinde 5237 Sayılı Kanunun daha sade ve açık bir biçimde sıralandığı ve bu suretle sistemleştirildiği görülmektedir⁹⁵.

765 Sayılı TCK'nın 480. maddesinde hakaret suçu için kabul edilen suçun tahrif edilmiş bir belgeye dayanarak işlenmesi nitelikli hâline TCK'da yer verilmemiştir. 765 Sayılı TCK'da olduğu gibi TCK'da da "aleniyet", ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir, ancak 765 Sayılı TCK'da sadece huzurda işlenen hakaret ve sövme suçlarında aleniyet nitelikli hâl sayılmışken, TCK'da hem huzurda işlenen hakaret suçlarında hem de gıyapta, ihtilat edilerek işlenen hakaret suçlarında aleniyet, ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır. 765 Sayılı TCK'da aleniyet, ihtilat kavramının içinde değerlendirildiğinden gıyapta işlenen hakaret ve sövme suçlarında aleniyet, nitelikli hâl sayılmamıştır. Oysa aleniyetle ihtilat farklı ve birbirinden bağımsız kavramlardır. Aleniyetin nitelikli hâl sayılmasının nedeni hakaret içeren olguyu veya değer yargısını çok sayıda kişinin duyması veya duyma imkânının bulunması sebebiyle mağdurun saygınlığına daha fazla zarar vereceği, kişinin onurunun daha ağır bir şekilde rencide olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple gıyapta, ancak aleni olarak yapılan hakaretlerin ağırlaştırıcı sebep sayılmaması, bu nitelikli hâlin mantığına uygun olmadığından, TCK'da, bu çelişki ve mantık hatası yapılan düzenlemeyle ortadan kaldırılmıştır.

765 Sayılı TCK'da ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenen suçun basın yayın yoluyla işlenmesi hâli, TCK'nın ilk hâlinde düzenlenmiş olmasına rağmen, TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan, özellikle ifade hürriyetinin ağır bir şekilde zedeleneyeceği ve basının haber yapma imkânlarının ortadan kaldırıldığı yönündeki yoğun eleştiriler dikkate alınarak⁹⁶ 29/6/2005 gün ve 5377 Sayılı Kanunun 15. maddesi ile

⁹⁵ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.215

⁹⁶ "TCK'da tanımlanan suçlardan bazılarının basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde uygulanacak cezalar üçte bir veya yarı oranında ağırlaştırılmaktadır. İlke olarak, bu tür ceza artırımlarına gidilmesinin basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Bu tür ağırlaştırıcı ceza öngören

yürürlükten kaldırılmış ve suçun basın yayın yoluyla işlenmesinin, aleni işlenmesi ile aynı mahiyette olduğu, bu durumda da aleniyet nitelikli hâlinin uygulanacağı kabul edilmiştir⁹⁷.

765 Sayılı TCK, hakaret ve sövme suçlarında, suçun, mağdura hitaben gönderilmiş mektup, resim veya herhangi bir yazı, telgraf veya telefon kullanılarak işlenmesi hâlinde, suçu huzurda işlenmiş sayıyordu. TCK ise huzurda hakaret ile gıyapta, ihtilat etmek suretiyle işlenen hakaret suçlarında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Ancak mağduru muhatap alan herhangi bir ileti ile yapılan isnatlar, mağdurun yüzüne karşı yapılmış sayılacak, ihtilat şartı aranmayacaktır. Yani bu şekilde gerçekleştirilen fiiller huzura eşit sayılacaktır. Bu haliyle TCK'nın, 765 sayılı TCK'dan bir farkı olduğunu söylemek mümkün değildir. TCK'nın 125/2 fıkrası “fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir ileti ile işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur” şeklinde düzenleme yapılarak bu hâllerde de hakaretin cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu düzenleme, bilişim alanında yaşanan gelişmeler de dikkate alınarak düzenlenmiş olduğundan 765 Sayılı Kanuna nazaran kapsamın oldukça genişletildiği anlaşılmaktadır⁹⁸.

765 Sayılı Kanunda ihtilat unsurunun oluşması için ikiden fazla kişiyle ihtilat edilmesi tabiri kullanılarak ihtilat sayısı belirlemişken, TCK, “en az üç kişi ile ihtilat ederek” tabirini kullanarak, ihtilat unsurunun oluşması için gerekli olan sayıyı net olarak belirlemiştir. Ayrıca, belli sayıdaki kişilerle ihtilat edilmesinde, ihtilatın toplu veya dağınık olması gerektiği açıkça gösterilmemiş, böyle bir ibareye gerek duyulmamıştır.

765 Sayılı TCK'da özel tahkir suçu kabul edilerek farklı başlıklar altında düzenlenen birçok suç tipi, TCK'da “şerefe karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş ve hakaret suçunun nitelikli hâlleri olarak kabul edilmiştir. 765 Sayılı TCK'da “hürriyet aleyhine işlenen cürümler” başlıklı 2. babın 2. faslında “din hürriyeti aleyhine

hükümlerin öncelikle madde metinlerinden ayıklanmasını öneriyoruz”. Türkiye Gazeteciler Sendikası'nın TCK hakkındaki görüşleri. (Türkiye Gazeteciler Sendikası, 2005, **TGS'nin TCK Hakkındaki Görüşleri**,
http://www.tgs.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=24&Itemid=16 (01/05/2008))

⁹⁷ 08/07/2005 gün ve 25869 Sayılı Resmi Gazete

⁹⁸ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.215

cürümler” düzenlenmiştir. Bu fasılda 765 Sayılı TCK’nın 175. maddesinin 3. fıkrasında din hürriyetini ihlal suçu, 176. maddesinde dince kutsal sayılan şeylere ve din adamlarına saldırı suçu, 178. maddesinde ölüleri tahkir suçu, özel tahkir suçları olarak düzenlenmiş iken TCK’da ise din hürriyetini ihlal ve dince kutsal sayılan şeyleri tahkir suçu, 125. maddenin 3. fıkrasının b ve c bentlerinde nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Ölüleri tahkir suçu ise, yine şerefe karşı suçlar başlığı altında TCK’nın 130. maddesinde düzenlenmiştir.

765 Sayılı TCK’nın üçüncü babında “devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler” başlığı altındaki dokuzuncu fasılda “resmi sıfatı haiz olanlar aleyhine cürümler” ifadesiyle düzenleme yapılmıştır. Bu fasılda, 266. maddede memura hakaret ve taarruz suçları, 268. maddede ise resmi heyetlere ve hâkime hakaret suçları, özel tahkir suçları olarak düzenlenmiştir. TCK’da ise bu fiiller, 125. maddenin 3. fıkrasının a bendi ile 5. fıkrasında nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir.

TCK’nın; 765 sayılı TCK’nın, farklı bir değeri veya menfaati daha önemli sayarak değişik başlıklar altında düzenlediği özel tahkir suçlarını, genel tahkir suçları arasında düzenleyerek bu tür suçlara bakış açısını değiştirdiği ortaya çıkmaktadır. TCK’nın, 765 Sayılı TCK’da daha önemli sayılan değerlerin önüne mağdurun şerefini koyarak mağdurun şerefinin daha önemli ve korunmaya değer olduğunu kabul ettiği söylenebilir. Bu da kanun koyucunun koruma altına aldığı hukuki yarar konusundaki anlayış farklılığını göstermektedir⁹⁹.

Kanun koyucunun daha önce özel tahkir suçu olarak birkaç farklı bab ve fasılda ve birçok ayrı maddede düzenleme yapmış olması uygulamada zorluklara ve karışıklıklara sebep olduğundan bu durumu dikkate alan TCK, özel tahkir suçlarının birçoğunu genel tahkir suçu içerisinde düzenleyerek bu karışıklığı ortadan kaldırmıştır. Ancak, TCK’daki bu anlayış farkı tüm özel tahkir suçları için geçerli olmamıştır. Cumhurbaşkanına hakaret ve bazı başka değerler, daha önemli sayılarak TCK’nın 299 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bunun yanı sıra yabancı devlet bayrağına hakaret TCK’nın 341. maddesinde ayrıca özel tahkir suçu olarak düzenlenmiştir.

⁹⁹ Özbek 2005, a.g.e., s.256

765 Sayılı TCK'da özel bir haksız tahrik hâli olarak düzenlenmiş olan 485. madde, TCK'nın 129. maddesinde benzer bir düzenleme ile hüküm altına alınmıştır. Ancak, 765 Sayılı TCK'nın 485. maddesinin 1. fıkrasında cezadan indirim yapılabileceği kabul edilmişken, TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrasında cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza verilmesinden tamamen vazgeçilebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak TCK'nın 129. maddesi, 765 Sayılı TCK'nın 485. maddesi yanında 272. maddesinde düzenlenen memurlara karşı hakaretin özel tahrik hâlini düzenleyen madde ile birlikte değerlendirilmelidir. 765 Sayılı TCK'nın 272. maddesinde düzenlenen özel tahrik hâlinde, ceza verilmeyebileceği hükmü karşısında TCK'da düzenlenen 129. maddenin 765 Sayılı TCK'yla paralel olduğu söylenebilir.

TCK'da gerçeğin ispatı müessesesi değiştirilmiş, isnadın ispatının kapsamı daraltılmıştır. 1982 Anayasasının 39. maddesinde düzenlenen ispat şekli, kısmen TCK'nın isnadın ispatı durumunu düzenleyen 127. maddeye yansıtılmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TCK’da YER ALAN HAKARET SUÇU

I. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipiklik

Tipiklik, suç sayılan fiilin Ceza Kanunu’nda yapılmış olan tarifidir. Belirli bir hareket tarzı, kanunda belirli şekillerde tarif edilir. Bu tarif belirli unsurlar içerir. Bu unsurların tümünü içeren fiil, suç oluşturur ve tipiktir. Eğer, fiil kanunda tarif edilen unsurları içermiyorsa, suçun unsurlarının oluşmadığı ve fiilin tipik olmadığı kabul edilir¹⁰⁰.

Bir hareketin ya da eylemin, hakaret suçunda belirtilen unsurları taşıması hâlinde fiil, modele uygun yani tipik kabul edilecektir. Bir fiilin, hakaret suç tipine uygun sayılabilmesi için; şerefi ve saygınlığı ihlal eden yani tahkir içeren bir fiilin bulunması, bu fiilin belirli bir kimseye veya kimselere yönelik olması veya bu kimse ya da kimselerin belirlenebilir olması, fiilin belirli kimse ya da belirlenebilir kimselerin yüzüne karşı yapılması, gıyapta yapılmışsa, en az üç kişiyle ihtilat edilmesi gerekir. Eğer bu unsurlardan herhangi biri oluşmamışsa, örneğin fiil tahkir içermiyorsa veya bir kimsenin yüzüne karşı yapılmamış ve üç kişiyle ihtilat edilmemişse suçun unsurları itibariyle oluşmadığı ve fiilin hakaret suç tipine uymadığı, yani “tipik” olmadığından bahsedilir.

2. Maddi Unsurlar

A. Konu

TCK’nın 125. maddesinin gerekçesinde “hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır.” açıklamasıyla hakaret suçunun konusunun kişinin

¹⁰⁰ Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökcen, ve A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Ankara: Turhan Kitabevi, C.:1, s.411

onur, şeref, haysiyet ve saygınlığı olduğunu belirlemiştir¹⁰¹. Hakaret suçunun konusu, kişinin şeref ve saygınlığıdır. Herhangi bir kimsenin şeref ve saygınlığına yönelik bir saldırının varlığı hâlinde hakaret suçu oluşur. Hakaret suçunun oluşumu için kişinin şeref ve saygınlığının zarar görmesi gerekmez. Şeref ve saygınlığın zarar tehlikesine maruz kalması yeterlidir. Dolayısıyla hakaret suçu tehlike suçu olarak kabul edilir. Hakaret suçunun oluşumu için bir kimseye, objektif olarak aşağılama içeren herhangi bir isnadın yapılması yeterlidir, isnadın maddi konuyu zarara uğratmış olması aranmayacağı gibi, maddi konunun zarar tehlikesine uğrayıp uğramadığı da araştırılmaz, bu sebeplerle hakaret suçu “soyut tehlike” suçu (Genel tehlike suçu) olarak kabul edilmektedir. Hakaret suçunda maddi konunun zarar tehlikesine maruz kalıp kalmadığı hâkim tarafından araştırılmayacağından, objektif olarak aşağılama içeren isnadın maddi konuya zarar verme tehlikesinin bulunduğu kanun tarafından varsayılır¹⁰².

Kişinin şerefi, onuru ve saygınlığı, kişilik hakları olarak değerlendirilir¹⁰³. Kişilik hakları, hemen hemen tüm ulusal ve uluslar arası hukuki düzenlemelerle güvence altına alınmıştır. Kişinin maddi varlığını, ceza müeyyidesi ile koruma altına alan TCK, manevi varlığı olan ve kişilik haklarından sayılan şeref hakkını da koruma altına alma gereği duymuştur. Maddi varlığı zarar gördüğünde üzülen, acı çeken kişi, manevi varlığının zarar görmesin halinde de üzülmüş ve acı çeker. Bu acı, manevi bir acıdır¹⁰⁴. Kişilerin şerefine, yani manevi varlığına verilen zarar, kişiye verdiği acı yanında toplumsal huzur ve barışı da tehlikeye sokar. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, şerefe zarar veren fiilleri suç olarak düzenlemiştir.

Şeref ve saygınlık, insanın manevi varlığıyla ilgili toplumsal bir kavramdır¹⁰⁵. Bu durum şeref ve saygınlığın görece bir kavram olarak karşımıza çıkması sonucunu doğurur. Toplumun algıları, kültürü, olaylara ve değerlere bakış açısı, yere ve zamana göre değişiklik gösterir. Bu da şeref ve haysiyet kavramına, hakaret algılamasına yansır. Bu sebeple, şeref ve saygınlığın tanımını yapmak çok kolay değildir. Hangi tanımı

¹⁰¹ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.244

¹⁰² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I 2006, a.g.e.,s.472

¹⁰³ Şen, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, C.: 1, 2006, s.531

¹⁰⁴ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2241

¹⁰⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.3

yaparsanız yapın net, açık bir tarif ortaya koymak mümkün olmaz¹⁰⁶. Türk Dil Kurumu (TDK), şerefi; “başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel onur” olarak tarif etmektedir, ayrıca “erdem, gözü peklik ve yetenekle kazanılmış şöhret” şeklinde farklı bir tarifte yapmaktadır¹⁰⁷. TDK’da onur, haysiyet ve saygınlık hakkında da benzer tanımlar bulmak mümkündür. Bu kelime ve kavramlar kullanıldığında, insan zihninde birbirine çok yakın çağrışımların oluştuğu bir gerçektir. Hakaret suçunun oluşması yani şerefe karşı saldırının varlığının tespiti için kişiler arasındaki ilişki, kişilerin bulundukları ve mensup oldukları yörelerdeki yerleşik davranış biçimleri, algılama şekilleri, kişilerin anlayışları ve benzer hususların tümünün birlikte dikkate alınması gerekir. Hemen hemen tüm hukuk sistemleri, hakareti tanımlamamıştır¹⁰⁸. Mevzuatımızda da bu konuda açık bir tarif bulunmamaktadır. Ancak, bu zorluklara rağmen kaynağı ve değeri ne olursa olsun, şeref ve saygınlığın korunması gerektiği hususunda genel bir ittifak mevcuttur¹⁰⁹.

Bütün bu tarif ve tanım sıkıntısına rağmen kişinin maddi varlığın yanında, onur, haysiyet ve saygınlığının bir başka varlık oluşturduğu açıktır. Bu varlığa geniş manada “şeref” denmektedir¹¹⁰. Şeref, bir kimseye toplum tarafından zorunlu sayılan ahlaki niteliklere sahip olduğu veya sahip görüldüğü için izafe edilen değerdir. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki en önemli manevi değerlerinden biridir. Herkesin kişisel onuru, şerefi ve saygınlığı olduğu kabul edilir. Toplumun kişi hakkında kabul ettiği bu değere, herkes saygı göstermek zorundadır. Şeref ve saygınlık kavramı, sadece genel anlamda şeref ve haysiyeti değil mesleki, ekonomik, ticari şeref ve haysiyeti de kapsar¹¹¹.

Şeref kavramının niteliği hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, iç (sübjektif) fiili şeref kavramından hareket ederek şerefi

¹⁰⁶ Özel 2003, a.g.e., s.93

¹⁰⁷ Türk Dil Kurumu, 2008, <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=%c5%9feref> (01/05/2008)

¹⁰⁸ Telenbach 2007, a.g.l.

¹⁰⁹ Özel 2003, a.g.e., s.93

¹¹⁰ Erem,Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Kitabevi, C.:3, 1993 s.2241

¹¹¹ Çiftçi, Ahmet, 2002, **Özel Hayat Hakkı ve Gizli Kamera Kullanımı ile Kamu Yararı Arasındaki İlişki**, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=c8d7cdc5-e006-4bc4-a370-3f6fc36224a7 (19/11/2007)

anlamlandırmak gerektiğini savunmuştur; bazı yazarlar ise dış (objektif) şeref kavramından hareket etmek gerektiğini iddia etmişlerdir; diğer bazıları ise her iki şeref kavramının birlikte değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır. Öğretide hâkim olan görüş karma görüş olarak kabul edilen bu görüştür. Buna göre şeref, hem iç hem de dış şerefi kapsar. Şeref kavramı anlamlandırılmaya çalışılırken bu değer sosyal ve ahlaki değerlerin bileşkesi olduğu kabul edilmelidir¹¹².

Şeref kavramı, bir iç (sübjektif), diğeri dış (objektif) olmak üzere iki anlam içerir. İç şeref kişinin kendi haysiyeti hakkında beslediği fikir ve düşüncelerden oluşur; dış şeref, insanların, toplumun o kişi hakkında düşündükleri ve o kişi hakkındaki değer yargılarından oluşur¹¹³. Kişilerin kendi haklarında düşünceleri vardır. Bu düşüncelerin onurlu olmasını yani olumlu olmasını isterler. Bunun yanında kişiler, başkalarının da kendi haklarında iyi ve olumlu düşüncelerini isterler ve beklerler; yani başkalarının nezdinde saygın olmayı isterler ve hareketlerini oluştururken bu durumu gözetirler, Hareket tarzlarını buna göre belirlerler. Bu sebeple, şeref, hem iç şeref hem dış şeref dikkate alınarak anlamlandırılmalıdır.

Hem iç şeref hem de dış şeref, toplumsal bir kavramdır. Her iki hâlde de şeref kavramı, toplumsal bir menfaat olarak dikkate değerdir. Her iki şerefin de kaynağı toplumdur. Dış şeref, zaten başkaların kişi hakkındaki düşüncelerinden oluşur. Kişinin kendi şerefini üstün tutması, şerefli olmayı istemesi, başkalarının kendi hakkındaki düşüncelerine önem vermesi, başkalarının düşüncelerini dikkate almasından kaynaklanır. Başkalarının nezdinde saygın olmak istediği için kişi, kendi şerefini üstün tutmak ister¹¹⁴.

TCK, “bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide etmek” ifadesine yer vermek suretiyle hem iç şerefi hem de dış şerefi koruma altına almıştır. Tanımda yer alan onur ve şeref kavramları, kişinin kendi hakkındaki düşüncelerini yani iç şerefi, saygınlık kavramı ise başkaların kişi hakkındaki düşüncelerini yani dış şerefi ifade

¹¹² Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.221; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.413

¹¹³ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.255

¹¹⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.255

etmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla, kanun koyucu şerefi, sadece iç veya dış şeref olarak kabul etmemiş, her iki hâli de şeref kavramı içerisinde kabul etmiştir.

Şeref kavramını; kişisel algı, bu algının oluşturduğu duygunun dış dünyaya yansımaları ve toplumsal algının kişi üzerindeki etkisi olarak değerlendirebiliriz. Yukarıda da belirtildiği gibi, şerefi tam olarak anlamlandırmak, kanunda belirtilen kavramların ayrı ayrı tanımlarını yapmak, çok zor hatta mümkün değildir. Kanun koyucunun onur, şeref ve saygınlık kavramlarını kullanırken, bu kavramlar arasında bir fark olduğunu varsaydığı açıktır. Bu sebeple, bu kavramların farklı anlamları olduğu düşünülerek çeşitli hâllerde hakaret suçunun, oluştuğunun kabulü mümkündür. Ancak bu kavramlar, birbirini kapsayan, birbirinden ayrı düşünülmemeyen kavramlardır; bu kavramların çoğaltılması da pekâlâ mümkündür. Aslında kanun koyucunun, üzerinde tam olarak uyuşulamayan kavramları kullanması doğru değildir. Ancak, bu durumun dikkate alınarak söz konusu kavramların sınırlı tutulduğu söylenebilir¹¹⁶.

Hakaret suçunun tanımının yapılmamış olması nedeniyle, Anayasa ve Ceza Kanununda güvence altında olan belirlilik ilkesine aykırı olduğu iddia edilebilir; ancak, yine hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da hakaret suçunun belirlilik kuralına aykırı bir suç olduğu iddia edilmediği gibi böyle bir tespit de yapılmamıştır¹¹⁷.

B. Fail

Hakaret suçunda, suçun faili istisnasız herkes olabilir. Bu suçta, fail yönünden herhangi bir özellik aranmaz. Kanun, “ bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi” diyerek herkesin fail olabileceğini ifade etmiştir. Bu sebeple, ceza sorumluluğu bulunan her kişi, bu suçu işleyebilir ve bu suçun faili olabilir¹¹⁸. Bu anlamda, birden fazla kişi bir araya gelmek suretiyle birden fazla kişiye veya bir kişiye karşı da hakaret suçu işleyebilir¹¹⁹.

¹¹⁵ Özbek 2005, a.g.e., s.257

¹¹⁶ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2241

¹¹⁷ Telenbach 2007, a.g.l.

¹¹⁸ Özbek 2005, a.g.e., s.257); Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.3

¹¹⁹ Şen 2006, a.g.e., s.534

Tüzel kişilerin suç faili olması mümkün olmadığından, tüzel kişiler hakaret suçunun da faili olamazlar. TCK'nın 20. maddesinde ceza sorumluluğu düzenlenmiş, bu düzenleme ile tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamayacağı öngörülmüştür. Tüzel kişilere, sadece güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilir¹²⁰. TCK'da, Tüzel kişilerin güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırıma tabi olup olmadığı hususunun, suçun düzenlendiği normda açıkça gösterildiği anlaşılmaktadır. TCK'nın hakaret suçunu düzenleyen 125. maddesinde tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir ibare bulunmadığından, bu suç bakımından tüzel kişilerin herhangi bir tedbir sorumluluğunun bulunmadığı ortaya çıkmaktadır¹²¹.

Ölmüş kişiler aleyhine, işlemiş oldukları hakaret suçundan dolayı ceza soruşturması yapılamaz. Yapılmakta olan ceza soruşturması, devam etmez. Ceza kovuşturması ise TCK'nın 73. maddesi gereğince düşürülür. Ölmüş kişinin hayattayken işlemiş olduğu hakaret suçundan dolayı ancak mirasçılar aleyhine hukuk davası açılabilir¹²².

Ölmüş bir kişinin vasiyetnamesinde bir başkasına hakaret içeren sözler bulunması hâlinde bu sözlerden dolayı mirasçıların sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılabilir da cezaların kişiselliği ilkesi ve suç failinin sadece yaşayan insan olması sebebiyle mirasçıların ceza sorumluluğu söz konusu olamaz¹²³. Ancak, böyle bir durumda, vasiyetnameye gereksiz yere aleniyet veren kimsenin yani vasiyetnameyi başkalarına duyuran, yayan kimsenin bundan sorumlu olması gerekir¹²⁴.

Ölmüş biri tarafından yazılmış hakaret içeren bir yazının yayınlanması hâlinde, bu yazıyı yayınlayanlar veya yazının en az üç kişi tarafından öğrenilmesini sağlayan kişi veya kişilerin ceza sorumluluğu vardır. Mirasçı olsun ya da olmasın, hiç kimsenin bir başkasına ait suç iradesini yerine getirme gibi bir yükümlülüğü yoktur¹²⁵.

¹²⁰ TCK'nın 20. maddesi – “(1) Ceza sorumluluğu şahsidir, kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” şeklindedir.

¹²¹ Özbek 2005, a.g.e, s.257

¹²² Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2242

¹²³ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.222

¹²⁴ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.33

¹²⁵ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2242

Basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında, yayım unsurunun özellikleri yayımda birçok kişinin etkin olması sebebiyle Basın Kanunu'nda özel bir ceza sorumluluğu öngörülmüştür. Basın Kanunu'nun 11. maddesi, genel hükümler çerçevesinde eser sahibinin sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu sorumluluk, kusur sorumluluğu içerisindedir. Ancak, bunun yanında kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin, yayımcı ve basımcının cezai sorumluluklarının da bulunduğu öngörülmüştür¹²⁶.

Basın Kanunu'nda yer alan sorumlulukların, iştirak müessesesine dayanılarak genel hükümler çerçevesinde çözülmeye çalışılması hâlinde etkin bir cezalandırmanın ve suçu önlemenin zorlukları dikkate alınarak düzenlendiği, kanun koyucunun basın yoluyla işlenen hakaret suçlarına özel önem verdiği söylenebilir. Ancak, diğer failerin hakaret içeren yayının içeriğinden haberdar olmaları gerektiği kabul edilebilirse de basımcının yayının içeriğinden her zaman haberdar olması gerektiği kabul edilemez. Basımcı, sadece basım işiyle uğraşan kişidir; bu sebeple yayının içeriğinden sorumlu tutulması doğru değildir. Basımcının sorumluluğu, Anayasa'nın 38. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve “kusursuz ceza olmaz” olarak ifade edilen ceza hukukunun temel ilkelerine aykırıdır¹²⁷.

Yukarıda belirtildiği gibi, TCK'da düzenlenen hakaret suçlarında olduğu gibi Basın Kanunu ile düzenlenen basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır¹²⁸. Ancak, bazı yazarlar, Basın Kanunu'nda

¹²⁶ Basın Kanunu'nun 11. maddesi – “Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.

Sürelî yayımlar ve süresiz yayımlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Sürelî yayımlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hâllerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması hâlinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayımlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hâllerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hâllerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, sürelî yayımlar ve süresiz yayımlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayımlar hakkında da uygulanır.” şeklindedir.

¹²⁷ Hatipoğlu, Muzaffer, ve Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Ankara: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, C.:1, 2007, s.971

¹²⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.415

sorumluluğu düzenlenen, yayımlatan veya basımcının tüzel kişi olmasının mümkün olması sebebiyle hakaret suçunun basılmış eser yoluyla işlenmesi hâlinde tüzel kişinin cezai sorumluluğunun devam ettiğini savunmaktadır¹²⁹. Fakat tüzel kişilerin TCK'nın 20. maddesi gereğince ceza sorumluluğu bulunmadığından yayımcı veya basımcının tüzel kişiler olması hâlinde, ceza davası açılması mümkün değildir; ancak, tüzel kişiye karşı hukuk (tazminat) davası açılması mümkün olabilir.

TRT Kurumu'nun yayınları ile işlenen hakaret suçlarından dolayı sorumluluk 2954 Sayılı TRT Kanunu'nda düzenlenmiştir¹³⁰.

Özel radyo ve televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlardan sorumlu tutulacak kişi ya da kişiler ise TCK'nın genel hükümlerine göre belirlenmelidir¹³¹.

C. Mağdur

a. Genel Olarak

Suçun mağduru, suçla ihlal edilen ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin sahibi kişidir. TCK'nın 125. maddesi “bir kimse” demek suretiyle mağdurun herhangi bir kimse olabileceğini ifade etmiştir¹³². Bütün yaşayan insanlar, doğumdan

¹²⁹ Özbek 2005, a.g.e., s.257

¹³⁰ TRT Kanunu'nun 28. maddesi – “Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunun yayınları yoluyla işlenen suçlarda veya haksız fiillerde, yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur.

Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunun, kendilerine tevdi edilen metni aynen okumakla görevli personeli o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmiş olmamak şartıyla, o yayın yoluyla işlenen suçtan veya haksız fiilden sorumlu tutulmazlar.

Bu Kanunun 18, 23 ve 27 nci maddeleri uyarınca yapılan ve bu özelliği anonsla belirten yayınlar ile tespitlerden faydalanmaksızın Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu istasyonları dışındaki bir radyo ve televizyon kuruluşundan naklen yapılan yayınlardan, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu personeli sorumlu değildir. Kişiler, kurum ve kuruluşlar yayınlar nedeniyle uğradıkları zararlardan ötürü, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu personeli aleyhine değil, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu aleyhine dava açarlar. Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

Kişiler, kurum ve kuruluşlarca yayın yoluyla suç işlendiği iddia edilerek Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu personeli hakkında açılan ceza davalarında, personel, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu avukatlarının savunulabilir.

Bu madde kapsamına giren suçlardan ve haksız fiillerden dolayı yayının yapıldığı tarihten başlayarak altmış gün içinde açılmayan davalar dinlenmez.” şeklindedir.

¹³¹ Çetin, Erol, **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.16)

¹³² Özbek 2005, a.g.e., s.258; Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.3

itibaren hakaret suçunun mağduru olmaya ehildirler. Ceza hukukunun, genel prensipleri çerçevesinde suçun mağduru olabilecek herkes, hakaret suçunun da mağduru olabilir¹³³.

Hakaret suçunun mağduru, sadece gerçek kişilerdir. Kanun koyucu, bir kimse tabirini kullanırken herhangi bir gerçek kişinin suçun mağduru olabileceğini kabul etmiştir¹³⁴.

Hakaret suçlarında, bazen mağdurun sıfatı, suçun niteliğinin değişmesine neden olabilir. Örneğin, mağdur cumhurbaşkanı ise işlenen suç, cumhurbaşkanına hakaret suçunu (TCK madde 299) oluşturur¹³⁵.

Hakaret suçunun belirli veya belirlenebilir bir kişiyi veya kişileri hedef alması gerekir. Belirli veya belirlenebilen bir kişi ya da kişileri hedef almayan ancak bir topluluğu, grubu vs. hedef alan fiiller, “kamu barışına karşı suçlar” başlığı altında yer alan TCK’nın 212 ila 217. maddeleri arasında düzenlenen suçlardan birinin kapsamı içine girebilir. Fail, örneğin şu dinden, şu bölgeden, şu ırktan kişiler geri zekâlıdır gibi sözler kullandığında, halkın bir kesimini aşağılamak suçundan (TCK. 216. madde) cezalandırılabilecektir¹³⁶.

Hakaret suçunun mağdurunun herhangi bir kimse olması halinde herhangi bir sorun bulunmaz. Ancak hakaret, yukarda da belirtildiği gibi birçok farklı değerlere ve oluşumlara karşı da yapılabilir. Hakaretin tüzel kişilere, topluluklara temyiz kudretine sahip olmayanlara ve ölümlere yapılması halinde ortaya farklı sorunlar çıkar. Bu sebeple bunların ayrıca ele alınmasında fayda vardır. Öncelikle hakaret suçunun oluşumu için TCK’nın 126. maddesinde düzenlenen mağdurun belirlenmesi konusu üzerinde durmak gerekir.

¹³³ Dönmezer, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981, s.220); Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e, s.2249

¹³⁴ Soyaslan 2005, a.g.e., s.234; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.415

¹³⁵ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e, s.223; Soyaslan 2005, a.g.e., s.235

¹³⁶ Şen 2006, a.g.e., s.534

b. Mağdurun Belirlenmesi

Hakaret suçlarında isnad belirli kişi ya da kişilerin şahsiyet haklarını rencide etmeli ve mağdur ya da mağdurların kim olduğunun şüpheyi yer bırakamayacak şekilde tespiti yapılabilmelidir. Bu sebeple, isnadın yöneldiği kişi veya kişiler tespit edilemiyorsa, hedef belirli değilse şahsiyet hakkı ihlal edilmiş herhangi kimse bulunmadığından suç oluşmayacaktır.¹³⁷

Hakaret suçlarında failler çoğu kez fiillerinin muhatabı kişilerin belli olmamasına özen göstermekte böylece suçun cezasız kalmasını sağlamaya çalışmaktadırlar. Toplumun suçların cezasız kalmamasını sağlamaktaki çıkarı sebebiyle “matufiyet” ilkesi ortaya konmuştur¹³⁸. Kanun koyucu, bu olumsuzluğu ortadan kaldırmak için mağdurun isminin açıkça beyan edilmiş olmasını gerekli görmemiş, mağdurun kim olduğunun kullanılan sözlerden anlaşılması hâlinde suçun oluşacağını öngörmüştür¹³⁹.

TCK’nın 126. maddesi, “hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem isim belirtilmiş hem de hakaret açıklanmış sayılır.” şeklinde düzenleme yapmak suretiyle mağdurun ismi belirtilmemiş olsa da suçun oluşabileceğini kabul etmiştir¹⁴⁰.

TCK’nın 126. maddesi, 765 Sayılı TCK’nın 484. maddesinde öngörülen ölçüden farklı bir ölçü belirlemiştir. 484. maddede “...tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa...” hükmü ölçüyü belirlerken; TCK’nın 126. maddesi “...duraksanmayacak bir durum varsa...” hükmünü getirerek ölçüyü değiştirmiştir. 126. maddenin daha geniş bir ispat ölçüsü getirmiş olduğu söylenebilir.

¹³⁷ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.220; Şen 2006, a.g.e., s.550

¹³⁸ Hafızogulları 2006, a.g.e., s.3

¹³⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.416

¹⁴⁰ Madde gerekçesinde “Hakaret suçunun oluşabilmesi için mağdurun belli ya da belirlenmesinin olanaklı bulunması gereklidir. İşte bu maddeyle suçu işleyen tarafından mağdurun kimliğinin açıkça belirtilmediğinde ne gibi bir durumun varlığı hâlinde ismin belirtilmiş ve hakaretin açıklanmış sayılacağına ait ölçü gösterilmektedir. /Madde aslında usul hukuku bakımından ispata yönelik karineye benzer bir ölçü getirmiş bulunmaktadır.” (Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.246)

TCK'nın 126. maddesi gerekçesinde de belirtildiği gibi duraksanmayacak bir durum varsa ifadesiyle karine benzeri bir durum ortaya koymuştur. Bu karinenin belirlenmesinin takdiri, tamamen hâkime aittir¹⁴¹. Mağdurun belirlenmesinde her türlü delil kullanılabilir. Delillerin takdirinde hâkim, tamamen serbesttir. Dolayısıyla, mağdurun tespit ve teşhis edilmiş olup olmadığı hâkimin takdirine bağlı bir meseledir¹⁴².

TCK'nın 126. maddesinin, 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak karine yerine duraksanmayacak bir durum varsa tabirini kullanarak hükmün alanını genişlettiği, bu sebeple de ifade hürriyetinin alanını daralttığı ileri sürülmüştür¹⁴³. Ancak, maddi meselelerin takdirinde serbest olan hâkimin bu serbestisine karine yoluyla müdahale edilmesi doğru değildir. Birkaç kişiye hakaret hâlinde kimin kastedildiği anlaşılamıyorsa karineye dayanılarak ihtimale göre ceza verilmesi kabul edilemez¹⁴⁴. Zaten, 765 Sayılı Kanun'da kullanılan karine ifadesi, kanunun şüpheli bir durumu aksi sabit oluncaya kadar sabit veya doğru sayması anlamına gelen “kanuni karine” olarak kabul edilmiyor, delillerden oluşan bir kavram olarak kabul ediliyordu. Bu sebeple, matufiyet karinesinin tespiti için her türlü delilden yararlanmanın mümkün olduğu ifade edilmekteydi¹⁴⁵. Dolayısıyla, aslında hükmün uygulanması bakımından herhangi bir farklılığın ortaya çıkması söz konusu değildir.

TCK'nın 126. maddesi, aslında ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir hüküm niteliğindedir. Bu hüküm bulunmasa da hakaretin kime yönelik olduğu ispatlanabiliyorsa suçun oluştuğu kabul edilecektir. Hakaret içeren söz ya da hareketlerde mağdurun açık kimliği belirlenmemiş olsa da herhangi bir şekilde, işaretle veya ilgili olayların ortaya konulmasıyla mağdur anlaşılabiliyorsa, mağdur belirlenmiş sayılacaktır¹⁴⁶. Failin, bir kimsenin adının sadece baş harfini herkesçe tanınan bir sıfat veya lakabını veya bilinen alışkanlıklarını belirtmesi hâlinde veya mağdurun kimliğinin kolaylıkla ve kesinlikle tayinine elverişli kelimelerin kullanılması hâlinde mağdur

¹⁴¹ Özbek 2005, a.g.e., s.259

¹⁴² Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.35

¹⁴³ Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.3

¹⁴⁴ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2250

¹⁴⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.35; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.221

¹⁴⁶ Şen 2006, a.g.e., s.551

belirlenmiş sayılır. Ayrıca, mağdurun fotoğraf veya karikatürünün basılması hâlinde de mağdur belirli sayılır¹⁴⁷.

Mağdurun belirlenmiş sayılması için eldeki delillerin şüpheyi yer bırakmayacak şekilde kesin ve tereddütsüz olması gerekir. Delillerin zayıf olması, tereddütlerin bulunması, varsayımlara dayanılarak mağdurun belirlenmeye çalışılması, bir takım gereksiz alınganlıkları dikkate almak veya ödüllendirmek sonucunu doğurur. Hukuk, toplum ve birey açısından önemli fiillerle ilgilenir, oysa zanlarla, varsayımlarla mağdurun belirlenmeye çalışılması bu önemli fiillerden değildir¹⁴⁸. Hakaret suçu, ifade özgürlüğünü asgari ölçüde kısıtlamalı, hakaret suçuyla ifade özgürlüğü arasındaki çatışma, ifade özgürlüğü lehine çözülmeye çalışılmalıdır. Kişilerin, ifade özgürlüğünün kısıtlanmaması, korkusuzca, endişe duymadan ifade özgürlüğünün kullanılması gerekliliği karşısında mağdurun kesin, tereddütsüz, şüpheyi yer bırakmayacak delillerle belirlenmesinde yararlar olduğu açıktır.

Birkaç kişiye karşı yapılan isnatlarda hakaret isnadının kime ya da kimlere yapıldığına bakmak gerekir. Eğer, birkaç kişinin tümü hedef alınmışsa ayrıca mağdurun belirlenmesine gerek yoktur. Hedef alınan tüm kişilere, ayrı ayrı isnat yapılmış sayılır ve tüm kişiler için ayrı ayrı suç oluşur. Ancak, bu gibi durumlarda zincirleme suça ilişkin (TCK 43/2) hüküm uygulanır. Eğer birkaç kişiden biri veya bazıları hedef alınmışsa kimlerin hedef alındığının belirlenmesi şarttır. Eğer hedef alınan kişi ya da kişiler belirlenebiliyorsa sadece belirlenen kişiler suçun mağduru sayılır. Hedef alınan kişileri belirlemek mümkün değilse ve orada bulunan birkaç kişinin tümünün hedef alınmadığı da açıkça anlaşılabiliyorsa suç oluşmayacaktır¹⁴⁹.

c. Tüzel Kişiler

Tüzel kişilere karşı hakaretin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Tüzel kişilerin hakarete uğradıkları fiili örneklerle sabittir. Hatta bazı toplulukların bile

¹⁴⁷ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.257; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.35

¹⁴⁸ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.258

¹⁴⁹ Toroslu 2007, a.g.e., s.109

koruma görebileceği fikri ileri sürülmüştür¹⁵⁰. 765 Sayılı TCK yürürlükte iken var olan tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olup olamayacağı tartışması TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da devam etmektedir. Öğreti de bir görüş, tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olamayacaklarını ileri sürerken¹⁵¹; diğer bir görüş tüzel kişilerin suçun mağduru olmamaları için bir neden ve kısıtlama olmadığını ileri sürmektedirler¹⁵².

Tüzel kişiliği tartışan öğreti, iki klasik teoriden hareket etmektedir. “Esasta farazilik” teorisinden hareket edenler, tüzel kişilerin, onları oluşturan gerçek kişilerin şerefinden ayrı olarak kendilerine mahsus korunmaya layık bir şerefleri bulunmadığını, bunlara tanınan kişiliğin mamelek haklarına ilişkin olduğunu ileri sürerek tüzel kişilerin kendilerine tanınmış bir şeref hakkının bulunmadığını kabul etmektedirler. Tüzel kişiler, varsayılan kişilikler oldukları için kendilerine yapılan saldırıları hissedemezler. Bu sebeplerle, tüzel kişilerin suç faili olamayacakları ve bunlara karşı işlenen hakaret suçlarının ancak tüzel kişiliği temsil eden gerçek kişilere karşı suç oluşturabileceği ileri sürülmektedir. Tüzel kişiye yapılan hakaret, tüzel kişiyi temsil eden ve yeterli açıklıkla belirlenmiş gerçek kişiye yapılmış sayılır ve kaç temsilci tespit edilmişse o kadar suç oluşur¹⁵³.

Diğer bir görüş ise “esasta hakikilik” teorisinden hareket eder. Bu teoriye göre, tüzel kişilik farazi bir oluşum olmayıp sosyal ve ekonomik hayatın esaslı unsurlarından biri ve medeni itibarı ve saygınlığı bulunan bir varlıktır. Tüzel kişilerin, medeni ve mameleki haklara sahip olması ekonomik hayatta kendilerine özel bir şeref hakkının varlığını gerektirir. Bu görüş, bu sebeple, tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olabilecekleri ve tüzel kişilerin temsilcilerinin tüzel kişi adına hakaret edeceklerini

¹⁵⁰ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2249

¹⁵¹ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.225; Şen 2006, a.g.e., s.534); Arısoy 2007, a.g.e., s.159; Yenidünya, Ahmet Caner, ve Mehmet Emin Alşahin, **Bireyin Şerefine Karşı Suçlar**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı), S.: 68, 2007, s.49; Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara: Savaş Kitap ve Yayın Evi, 2007, s.195; Çetin 2007, a.g.e., s.18; Soyaslan 2005, a.g.e., s.234

¹⁵² Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.417; Özbek 2005, a.g.e., s.258

¹⁵³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.38; Toroslu 2007, a.g.e., s.107

kabul eder¹⁵⁴. Bu çerçevede, birçok mevzuatta tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olabilecekleri kabul edilmiştir¹⁵⁵.

Öğretide genel olarak, tüzel kişilerin özellikle ticaret şirketlerinin kendilerine özgü bir itibarı (saygınlığı) bulunduğu, bu sebeplerle tüzel kişilerin ve tüzel kişiliği olmayan toplulukların, hakaretin mağduru olabilecekleri kabul edilmektedir¹⁵⁶. Ancak, ceza kanununun 125. maddesi, mağduru yani pasif süjeyi belirlerken, gerçek kişileri ifade eden “kimse” ifadesini kullanmıştır. Ayrıca, TCK’nın 125. maddesinin son fıkrasında kamu görevlilerinin çalıştığı kurulların bile mağdur olamayacakları, bu tür kurullara görevlerinden dolayı yapılan hakaretlerin kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Kamu görevlilerinin çalıştığı kurulların dahi TCK tarafından mağdur olarak kabul edilmemesi dikkate alındığında tüzel kişiliği olsun veya olmasın diğer toplulukların mağdur olarak kabul edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır¹⁵⁷.

Yukarıda da belirtildiği gibi tüzel kişiler, hakaret suçunun mağduru olabilir; ancak kanun koyucunun izlediği suç siyaseti çerçevesinde toplulukların ve tüzel kişilerin şeref ve saygınlığını ceza müeyyidesi ile korunmaya değer görmemiş ve bu sebeple tüzel kişilerin ve toplulukların suçun mağduru olamayacaklarını kabul etmiştir. Bununla beraber, özel kanunlarda aksine bir düzenlemeye gidilmesi mümkündür. Örneğin, Bankalar Kanunu’nda olduğu gibi¹⁵⁸.

Tüzel kişiler, hakaret suçunun mağduru olamazlar; ancak suçtan zarar gören yani müşteki olabilirler. Bu durumda tüzel kişinin organının oluşturan veya temsilcisi olan gerçek kişilere yönelik hakaretin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu itibarla,

¹⁵⁴ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.39; Toroslu 2007, a.g.e., s.107

¹⁵⁵ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.220

¹⁵⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.40; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.222; Özbek 2005, a.g.e., s.258; Toroslu 2007, a.g.e., s.108; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2249

¹⁵⁷ Toroslu 2007, a.g.e., s.108; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.225; Karşı görüş için bkz. Özbek 2005, a.g.e., s.258; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.417

¹⁵⁸ Toroslu 2007, a.g.e., s.108; (4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22/7 fıkrası-“ Bir bankanın itibarını kırabilecek ya da şöhretine ya da servetine zarar verebilecek bir hususa kasten sebep olan ya da bu yolda asılsız haberler yayanlar için bir yıldan iki yıla kadar hapis ve bir milyar liradan iki milyar liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Bu fiilin 15/07/1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanununda belirtilen ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzeri yayın araçlarından biri ile işlenmesi halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki milyar liradan dört milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. İsimleri belirtilmese dahi bankaların güvenilirliği konusunda kamuoyunda tereddüte yol açarak bankaların mali bünyelerinin olumsuz etkilenmesine neden olabilecek nitelikte asılsız haberleri yukarıda belirtilen araçlarla yayınlayanlara iki milyar liradan dört milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.” şeklindedir.)

suçtan zarar gören ile mağdurun, aynı şey olmadığını belirtmek gerekir¹⁵⁹. Mağdur suçun maddi konusunun sahibi olan kişidir. Ancak mağdurdan başka kimseler de suçtan zarar görebilirler. Örneğin bir çocuğa hakaret edilmesi hâlinde, çocuk mağdur yani pasif süjedir, çocuğa yapılan hakarettten dolayı çocuğun veli veya vasisi de müştekidir yani suçtan zarar görür.

d. Topluluklar

Yukarıda da belirtildiği gibi kurul ve topluluklara yönelik hakaret fiillerinde, hakaret, kurul ve topluluğu oluşturan kişilere karşı yapılmış sayılır. Kurul ve topluluklar, bizatihi hakaret suçunun mağduru olamazlar¹⁶⁰. Bu hâllerde, suç, topluluğu oluşturan herkese karşı işlenmiş sayıldığından topluluk üyesi her kişi suçun soruşturmasını isteyebilir. Bu durumda, tek bir hakaret suçundan ceza verilecek ve verilecek ceza, TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümleri gereğince arttırılacaktır¹⁶¹.

Belirli bir kişiyi hedef almayan kime veya kimlere karşı olduğu tespit edilemeyen hakaret içeren sözler, suç oluşturmaz¹⁶². Bu sebeple, hakaret fiili herhangi bir kişi hedef alınmaksızın, doğrudan bir kişi topluluğuna yönelmişse, belirlilik veya belirlenebilirlik olgusu üzerinde durmak gerekir. Eğer kişi topluluğunun kişileri sınırlanmış ve teşhis edilebiliyorsa mağdurun belirlenebilmesi şartı gerçekleşmiş olduğundan hakaret suçu oluşur¹⁶³. Örneğin, bir köyün, bir şehrin, bir sosyal sınıfın (şoförler, berberler, avukatlar gibi) hedef alınması hâlinde mağdurun teşhisi ve belirlenmesi olanaksız olduğundan hakaret suçu oluşmaz; buna karşılık topluluk daraldıkça mağdurun belirlenebilmesi şartı gerçekleşeceğinden örneğin bir futbol takımına, bir okulun öğretmenlerine belirli bir apartmanda oturan mezhep mensuplarına yönelik fiillerde mağdurlar teşhis edilebildiğinden hakaret suçu oluşur. Bu durumda,

¹⁵⁹ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.49

¹⁶⁰ Karşı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.416;

Özbek 2005, a.g.e., s.258

¹⁶¹ Toroslu 2007, a.g.e., s.108

¹⁶² Şen 2006, a.g.e., s.534

¹⁶³ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.224

topluluğu oluşturan tüm kişilerin, şikâyet hakları bulunsa da tek suçun varlığı kabul edilir; ancak, verilen ceza zincirleme suç hükümleri gereğince arttırılır¹⁶⁴.

Burada, hakaret içeren sözlerin inandırıcı olup olmadığı hususu da tartışılmalıdır. Çok geniş bir topluluğa yönelik hakaretler genellikle, toplum tarafından itibar görmeyeceği gibi bu topluluk içindeki kişilerin saygınlığına ve şerefine zarar verecek nitelikte kabul edilmez. Örneğin, bütün avukatlar yalancıdır, masonlar dolandırıcıdır sözü inandırıcılığı olmayan, kimsenin itibar etmeyeceği sözlerdir. Bu sebeple, topluluğa yönelik bu tür sözler, hakaret suçunu oluşturmaz¹⁶⁵. Bu çerçevede, genel olarak “aileye” yapılan hakaretin; tartışmalı olmakla birlikte, suç oluşturmayaacağı kabul edilmektedir. Ancak eğer fiil, belirli bir aileye yönelikse, aile bireyleri belirlenebildiğinden hakaret suçunun oluşacağı kabul edilmektedir¹⁶⁶.

Belirli ya da belirlenebilir bir kişi ya da topluluğu hedef almayan hakaret içeren sözler, TCK’da “kamu barışına karşı suçlar” başlığıyla yer alan TCK’nın 213 ila 217. maddelerindeki suçlardan birini oluşturabileceklerdir. Örneğin, belirli bir mezhebe, ırka veya bölgeye ait topluluklara yapılan hakaretler, suç oluşturmaz; ancak, bu topluluklara yapılan hakaretler TCK’nın 216. maddesinde düzenlenen halkın bir kesimini aşağılama suçunu oluşturabilir¹⁶⁷.

Hakaret içeren sözler, bazen hakaretin yöneldiği kişi dışında başka bir kişiyi de tahkir edebilir. Öğretide ve uygulamada “dolaylı hakaret” olarak adlandırılan bu tür durumlarda, dolayısıyla hakaret edilen kişinin de mağdur olabileceği ve şikâyet hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Örneğin, eşlerden birine fuhuş isnadı, diğer eş de tahkir eder. Bu durumda, diğer eşin de mağdur olduğu kabul edilir. Bu tür durumlarda da tek bir fiille işlenmiş birden fazla hakaret suçu olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanır (TCK 43/2. fıkrası)¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Hatipoğlu ve Parlar 2007, a.g.e., s.975

¹⁶⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.37

¹⁶⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.417

¹⁶⁷ Şen 2006, a.g.e., s.534

¹⁶⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s. 417

e. Ölüler

Ölülerin suçun mağduru olup olamayacakları da tartışmalı bir konudur. Bu konuda iki temel görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre ölülerin suçun mağduru olmaları mümkün değildir. Ölüler, suçun aktif veya pasif süjesi olamazlar. Ölüler aleyhine işlenen hakaret suçları, aslında ölünün yakınlarını üzen, onlara acı veren hareketlerdir. Bu sebeple ancak, ölülerin yakınları mağdur olabilirler¹⁶⁹. Bunun yanında, her suç bir hakkın ihlali demektir. Bir hakkın ihlali için ortada bir hak sahibinin bulunması gerekir. Ölü bir kişinin hak sahibi olması söz konusu olamaz. Ölümle birlikte kişilik sona erer. Bu sebeple de ölüler mağdur olamazlar¹⁷⁰.

Ölülerin hakaret suçunun mağduru olamayacağını ileri sürenler, tarihi gerçeklerin ortaya çıkması için tarihte yaşananların, tarihi olayların ve kişilerin özgürce tartışılması gerektiğini, bu tür olayların ve kişiliklerin öğrenilmesinde toplumun menfaati bulunduğunu, tarihin özgürce tartışılmaması hâlinde tarih öğrenmekten umulan faydanın ortadan kalkacağını; bu sebeple ölülerin bütün fiillerini gelecek neslin takdirine terk etmek gerektiğini ileri sürerler¹⁷¹.

Diğer görüşe göre ise; ölüler, hakaret suçunun mağduru olabilirler. Ölüler, yaşadıkları çevrede belli bir manevi kişiliğe sahiptir. Kişiler, öldükten sonra sadece maddi varlıkları ortadan kalkmaktadır. Ancak manevi varlıkları, manevi kişilikleri yaşamaya devam eder. Bu sebeple, ölünün toplum içinde yaşamaya devam eden bu manevi kişiliğinin korunması gerekir. Ölülerin bu manevi kişiliğinin korunması için hakaret suçunun mağduru olabilmelidirler, şeklinde açıklama yapmaktadır¹⁷².

Bu görüşü savunanlar, ölülerin hakaret suçunun mağduru olmalarının tarihçilerin özgürlüğünü hiçbir şekilde ortadan kaldırmayacağını, tarihçinin hiçbir korkuya kapılmadan tarihi gerçekleri açıklama özgürlüklerinin bulunduğunu, ancak bu özgürlüğün ilmi açıklamalar için geçerli olabileceğini, ilmi olmayan şahsi kin ve husumetlerin ölüye karşı kullanılması hâlinde artık ilmi çalışmadan

¹⁶⁹ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.220; Soyaslan 2005, a.g.e., s.235

¹⁷⁰ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.57; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.416

¹⁷¹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.57

¹⁷² Soyaslan 2005, a.g.e., s.236

bahsedilemeyeceğini, tarihi gerçekleri açıklama özgürlüğünün ölüler istenildiği gibi aşağılama özgürlüğü olmadığını ileri sürer¹⁷³. Ölünün manevi kişiliğinin yaşamaya devam ettiğini ileri süren bu görüş taraftarları; ölenin şerefının korunması görevinin topluma ait olduğunu, ölüyü aşağılayan kimsenin ferdi bir hakkı ihlal etmediğini, toplumsal bir hakkı ihlal ettiğini, bu sebeple, ölüye hakaret hâlinde toplum adına resen soruşturulması gereken bir suçun bulunduğu kabulü gerektiğini ve savcının kamu adına soruşturma yapması gerektiğini iddia etmektedir¹⁷⁴.

Amerika ve İngiltere’de ölüye hakaret suçlarının dinlenmesine izin verilmez. İngiltere’de ölüye veya ölünün hatırasına hakaret suçunun oluşması için ölüye hakaret edilmesi yeterli değildir. Bu hakaretin, ölenin yakınlarını etkilemesi, onları rencide etmesi gerekir. Birçok hukuk sistemi de ölünün suçun mağduru olamayacağını kabul eder¹⁷⁵.

Türk Hukuku’nda da ölünün hakaret suçunun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalı bir husustur. Bir kısım yazarlar, ölünün suçun mağduru olabileceğini, diğer bir kısım yazarlar ise ölünün suçun mağduru olamayacağını ileri sürmektedirler. Ancak, baskın görüş, ölünün suçun mağduru olamayacağı ileri süren görüştür.

TCK’ye göre ölümler, mağdur yani suçun pasif süjesi olamazlar. TCK’nın 130. maddesinde “ölünün hatırasına hakaret” başlığıyla, ölüye yapılan hakaretler, farklı bir hükümle düzenlenmiştir. Madde başlığından da anlaşılacağı gibi ölmüş kişiye hakaret değil, onun geride bıraktığı hatırasına hakaret cezalandırılmıştır. Dolayısıyla söz konusu madde ile korunan hak, ölünün akrabalarının ölüyle ilgili hatıralarıdır. Suçun ayrı bir hükümle düzenlenmiş olması, kanun koyucunun farklı bir hukuki değeri koruma amacından kaynaklanmıştır. Bunun yanında TCK’nın 131. maddesinin 2. fıkrası, ölenin hatırasına hakarete ölenin belli derecedeki yakınlarına şikâyet hakkı tanımıştır. Bundan da ölenin yaşayan yakınlarını korumak istendiği, kanun koyucunun amacının ölenin

¹⁷³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.58

¹⁷⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.266

¹⁷⁵ Walker 2006, a.g.l.); Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, **Defamation**, <http://en.wikipedia.org/wiki/Libel#England> (23/11/2007)

yakınlarını korumak olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeplerle TCK'nın 130. maddesinde suçun mağduru, ölü olan kişi değil, onun belirli derecedeki yakınlarıdır¹⁷⁶.

f. Temyiz Yeteneğine Sahip Olmayanlar (Küçükler-Akıl Hastaları), Şerefsizler

Öğretide bir kısım yazarlar, temyiz (isnat) yeteneğine sahip olamayanların suçun mağduru olmayacaklarını ileri sürmüştür. İsnat yeteneği olmayan kişilerin hakareti anlama yeteneği olmadığından bu kişilerin toplumdaki saygınlıklarına zarar gelemeyeceği, bu sebeple akıl hastaları ve küçüklere karşı hakaret edilse bile bu kişilerin şeref duyguları bulunmadığından dolayı suçun oluşmayacağı savunulmuştur. Ancak, akıl hastalarının ve küçüklerin de bir şerefleri olduğu, objektif şeref sahibi oldukları genellikle kabul edilmektedir. Toplumda yaşayan herkesin bu değerlere saygı göstermesi gerekir¹⁷⁷. Ayrıca, hakaret suçunun oluşması için suçun neticesi olan aşağılanmanın gerçekleşmiş olması şart değildir. Hakaret suçu, soyut tehlike suçudur. Bu sebeple, mağdurun gerçekten aşağılanmış olması veya kendini aşağılanmış hissetmesi gerekmez. Mağdura karşı, aşağılayıcı ifadenin kullanılmış olması veya objektif olarak tahkir içeren bir fiilin işlenmiş olması yeterlidir. Bu sebeplerle akıl hastaları ve küçükler, hakaret suçunun mağduru olabilirler¹⁷⁸.

Bunun yanında, hakaret suçlarında, mağdurun kişisel menfaati yanında toplumun menfaatleri de korunmaktadır. Bu sebeple, toplumda yaşayan herkesin; isnat yeteneğine sahip olsun ya da olmasın, şerefının farkında bulunsun veya bulunmasın, saygınlığının korunması, toplumun korunması için gereklidir¹⁷⁹.

İsnat yeteneği olmayan kişilere karşı yapılan hakaretlerde zarar tehlikesinin azlığı şüphe götürmez. Normal insanın hakarete maruz kalması hâlinde hissettiklerini bu

¹⁷⁶ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.224; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.416; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.220; Bazı yazarlar ise, ölünün hatırasına hakaretin ölünün yaşayan, manevi kişiliğine veya hatırasına hakaret olarak kabul edildiğini, bu sebeple ölünün suçun mağduru olduğunu TCK'nın ölünün mağdur olabileceğini kabul ederek 130. Maddeyi düzenlediğini ileri sürmektedir. bkz. Soyaslan 2005, a.g.e., s.236; Özbek 2005, a.g.e., s.259; Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.)

¹⁷⁷ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.223

¹⁷⁸ Soyaslan 2005, a.g.e, s.235; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.415; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.53

¹⁷⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.53

kişiler kısmen veya tamamen hissetmeyebilir. Bu sebeple bu gibi durumlarda, hâkim, zarar tehlikesinin azlığını dikkate alarak cezayı takdir etmelidir¹⁸⁰.

Bir çocuğa veya akıl hastasına hakaret hâlinde şikâyet hakkını, veli veya vasi kullanabilir¹⁸¹. Ancak, bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan onbeş-onsekiz yaş arasındaki sınırlı ehliyetsiz küçükler ve kısıtlılar (Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar) bu hakkı doğrudan doğruya kendileri de kullanabilir¹⁸².

Mağdurun küçük veya akıl hastası olmasına benzer bir durumda şerefsizler olarak kabul edilebilecek kimselerin durumudur. Yüz kızartıcı bir cezaya mahkûm olan veya kamuoyu tarafından bazı sebeplerle (fahişelik, serserilik, dilencilik, pezevenklik gibi işlerle uğraşanlar) şerefsiz olarak kabul edilen kişilerin himaye edilecek şerefleri olmadığı ileri sürülmüştür¹⁸³. Ancak, öğretide ve uygulamada kabul edilen görüş, şerefsiz olarak kabul edilen kimselerin de korunmaya değer bir şerefleri olduğudur. Herkes, objektif şeref sahibidir. Kim olursa olsun, ister hoşla gitmeyen bir iş yapsın ister yüz kızartıcı bir suç işlesin kişinin veya kişilerin korunmaya layık şerefleri vardır ve herkesin bu kimselerin şeref haklarına saygı göstermesi gerekir. Herhangi bir sebeple, kimsenin şerefsiz olduğu iddia edilemez ve böyle bir iddia kabul edilemez¹⁸⁴. Bu sebeplerle, Katile 'katil', fahişeye 'fahişe' demek hakkına kimse sahip değildir. Doğru olsa bile böyle bir isnadın yapılması hâlinde Hakaret suçu oluşur. Doğru olan hakaretin ispatına kural olarak kanun izin vermez¹⁸⁵. TCK istisnaen gerçeğin ispatına izin vermiştir.

¹⁸⁰ Soyaslan 2005, a.g.e., s.235

¹⁸¹ Hafızogulları 2006, a.g.e., s.3

¹⁸² 4721 Sayılı Medeni Kanunu'nun 16. maddesi – “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.” şeklindedir.

¹⁸³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.54

¹⁸⁴ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.223; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.415; Özbek 2005, a.g.e., s.259; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.54

¹⁸⁵ Hakan Hakeri,2005, **Katile'katil'diyemezsiniz**,
http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2005/06/10.htm (10/05/2008)

D. Hareket (Fiil)

a. Genel Olarak

Hakaret suçunda fiil, bir düşünce açıklamasıdır. Düşünce, her şekilde ifade edilebilir. Söz, yazı, işaret, görüntü ile düşünce ifade edilebileceği gibi ima, soru veya mizah şeklinde de ifade edilebilir¹⁸⁶. Hakaret suçu, serbest hareketli bir suçtur, Kişinin onur ve saygınlığına her türlü yolla saldırılabilir. Kanun koyucu, suçun oluşumu için herhangi bir hareket şekli öngörmemiştir¹⁸⁷.

TCK'nın 125. maddesi, 765 Sayılı TCK'da farklı maddelerde düzenlenen hakaret ve sövme suçlarını aynı maddede düzenleyerek 765 Sayılı TCK'da getirilen hakaret-sövme ayırımını ortadan kaldırmıştır. TCK'da hakaret başlığıyla düzenlenen 125. maddede “somut bir fiil veya olgu isnat etmek” veya “sövmek” şeklinde düzenleme yapılarak seçimlik hareketli bir suç ortaya konulmuştur. Failin, yukarıda belirtilen seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesi hâlinde suç oluşacaktır. Failin seçimlik hareketlerden herhangi birini veya her ikisini birden gerçekleştirmiş olması herhangi bir değişikliğe sebep olmaz. Her hâlde tek suç oluşur¹⁸⁸.

Birçok farklı hukuk sistemlerinde bulunan Hakaret ve sövme ayırımı arasındaki fark, çeşitli anlayışlarla belirlenmiştir. Bu anlayışlar öğretilerde eleştirilmiş, bu sebeple hakaret ve sövme arasında hiçbir fark gözetmemek gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁹. TCK, bu anlayışı dikkate almış; hakaretin haksızlık içeriğini hâkimin cezaı belirlerken dikkate alabileceği, cezanın, hakaretin haksızlık içeriğinin hâkim tarafından takdir edilmesinin daha adil sonuçlar ortaya çıkartabileceği ve bu ayırmadan kaynaklanan sorunları da ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Hakaret ve sövme arasındaki temel farkın hakaret fiilinin ağırlığı olduğu dikkate alındığında bu düzenlemenin yerinde ve daha adaletli sonuçlar ortaya çıkaracağı kabul edilebilir. Bunun yanında hakaret ve sövme ayırımından kaynaklanan sorunları ortadan kalkacağı da açıktır.

¹⁸⁶ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.225; Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.3; Şen 2006, a.g.e., s.533

¹⁸⁷ Şen 2006, a.g.e., s.534

¹⁸⁸ Şen 2006, a.g.e., s.533

¹⁸⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.69

Hakaret ve sövme ayırımı hâlen birçok hukuk sisteminde kabul edilen bir ayırımdır. Öğretide bu farkı oluşturan ölçüler üçe ayrılarak incelenmiştir. Bu ölçülerden biri, hakaretin mağdurun huzurunda veya gıyabında yapılmasına göre yapılan ayırımdır. Buna göre mağdur, fiilin icrası sırasında hazırsa derhal karşılık vererek kendini savunabilir. Mağdurun kendisini savunabilmesi, failin aşağılanması ve zor durumda kalması sonucunu ortaya çıkarabilir. Bu sebeple, mağdurun huzurunda yapılan hakaret daha hafif niteliktedir. Gıyapta yapılan hakaretlerde ise mağdurun kendini savunma imkânı bulunmaz. Fail, daha rahat hareket eder. Bu sebeple, gıyapta hakaretin haksızlık içeriği daha fazladır¹⁹⁰. Bunun yanında gıyapta hakaret, fail için kötü irade ve tehlikelilik belirtisidir. Çünkü bir kişinin yokluğunda ona hakaret etmek, toplum nezdinde erdemsizliği, kötü bir karakteri temsil eder ve yüze hakaret etmekten çok daha kolaydır¹⁹¹.

Aslında Türk toplumu tarafından da gıyapta hakaretin ağır bir kötülük olarak algılandığı, bu konuyla ilgili Türk lisanında bulunan dedikodu, gıybet, arkadan konuşma, çekiştirme kavramlarından ve ifadelerinden açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple isnadın haksızlık içeriği belirlenirken bu durumun dikkate alınması gerekir.

Hâlen Alman Ceza Kanunu'nda hakaretin yüze karşı ve gıyapta gerçekleştirilmesi, hakaret ve sövme ayırımının ölçütlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Alman hukukunda aşağılama isnadı, bir kişinin yüzüne karşı söylenmişse ancak sövme suçu oluşur. Hakaret suçunun oluşması için fiilin mutlaka mağdurun gıyabında gerçekleşmesi gerekir. Söz konusu ayırım İtalya'da da hakaret ve sövme ayırımının ölçütü olarak öngörülmüştür. İtalyan Ceza Kanunu'nda hakaret suçunun oluşması için isnadın mağdurun gıyabında yapılmış olması ve en az üç kişiyle ihtilat edilmiş olması gerekir¹⁹².

¹⁹⁰ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.66

¹⁹¹ Soyaslan 2005, a.g.e., s.231

¹⁹² Telenbach 2007, a.g.l.

Bu ayırım, mağdurun korkak, çekingen veya sosyal durumu itibariyle münakaşa edemeyecek durumda olması hâlinde ne yapılması gerektiği konusuna çözüm getirmediği için eleştirilmiştir¹⁹³.

Hakaret ve sövme ayırımında bir başka ölçüt, aleniyet ölçütüdür. Eğer, suç aleni olarak işlenmişse hakaret suçu oluşur. Aleni olarak işlenmeyen hakaret isnatlarında ise sövme suçu oluşur. Hâlen İngiltere’de ve Fransa’da aleni olmayan tahkirler, suç olarak kabul edilmemektedir¹⁹⁴. Ancak, bu ayırım, suçun işlendiği yer ve vasıtayı dikkate almaktadır. Bu sebeple, suçun vasfını belirlemede aleniyet dikkate alınmamalıdır şeklinde eleştirilmiştir¹⁹⁵.

Hakaret-sövme ayırımında kabul edilen bir başka ölçüt, mağdura somut bir olgu isnat edilmesi ve genel olarak aşağılayıcı bir tabir kullanılması hâlidir. Failin somut bir olgu isnat etmesi hâlinde hakaret suçu; olumsuz bir değer yargısı ifade etmesi hâlinde sövme suçu oluşacaktır. Bu ölçütü savunanlar, sövme hâlinde fail sübjektif bir düşüncesini ifade etmekte, hakarete ise somut bir olayı açıklamaktadır. Somut bir olgunun isnadı hâlinde isnat, daha inandırıcı bir mahiyet ortaya çıkardığından üçüncü kişiler nezdinde oluşan menfi değerlendirme çok daha ağır nitelikte oluşacaktır. Bu görüşü eleştirenler ise somut bir olgunun isnadı hâlinde mağdurun şerefine daha fazla sarsıldığına bir varsayım olduğunu iddia ederler. Bunun yanında somut bir olgu ile olumsuz bir değer yargısı ayırımı net ve kesin ölçütlerle belirlenebilir bir ayırım değildir. Bu sebeple, uygulamada tereddütlere neden olur denmiştir.

765 Sayılı TCK 480. maddesi; hakaret suçunun oluşması için madde-i mahsusa tayin edilerek (somut bir fiil veya olgu) isnatta bulunulmasını ararken sövme suçunda isnadın olumsuz değer yargısı şeklinde yapılmış olmasını yeterli saymaktaydı. Bu ayırım uygulamada tereddütlere sebep olduğundan, öğretide ve uygulamada söz konusu ayırımın ölçütünün belirlenmesinde birçok kıstas ortaya konmuştu.

Hâlen bu ayırım, Alman, Fransız ve Polonya hukuklarında bulunan bir ayırımdır. Söz konusu devletlerin ceza hukuklarında hakaret suçunun oluşabilmesi için

¹⁹³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.67

¹⁹⁴ Wikipedia The Free Encyclopedia, 2007, Defamation, <http://en.wikipedia.org/wiki/Libel#England> (23/11/2007)

¹⁹⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.67

olgu iddiası gerekliken sövme suçu sadece saygı göstermemenin açıklanması şeklinde olumsuz bir değer yargısı açıklamasıdır¹⁹⁶. Alman ve Fransız ceza kanunlarında hakaret suçunun oluşması için ayrıca yukarıda belirtilen şartlarında bulunması gerekir.

TCK'nın 125. maddesi, hakaret ve sövme ayırımını benimsememiş tüm genel şerefe saldırı hâllerini hakaret başlığıyla düzenlemiştir. Ancak madde metninde somut bir fiil veya olgu ifadesi ile sövme ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeler, hakaret suçunun seçimlik hareketleri olarak düzenlendiğinden bu ayırım üzerinde durmak gerekir. Ayrıca hakaret suçunun oluşması için hareketin tahkir içeriğine sahip olması gereklidir. Hakaretin huzurda yapılmış olmasıyla gıyapta yapılmış olması arasında suçun oluşumu açısından farklılıklar vardır. Bu sebeple huzur ve gıyap ayırımı üzerinde de durulmalıdır.

b. Somut Bir Fiil veya Olgu İsnadı

Esasen hakaret suçunda 765 Sayılı TCK'nın 480 ve 482. maddelerinde düzenlenen hakaret ve sövme şeklindeki ayırım 5237 Sayılı TCK ile ortadan kaldırıldığından, madde-i mahsusa tayini (somut bir fiil veya olgu) ve sövme ayırımı hakkında daha önce belirlenen ölçütlerin çok da anlamı kalmamıştır. Hâkim, hakaretin haksızlık içeriğine göre cezayı belirleyecektir. 765 Sayılı TCK'nın 480. maddesinde düzenlenen madde-i mahsusa tayini ayırımı, somut bir fiil veya olgunun karşılığı olarak anlaşılmakta ise de TCK'nın 125. maddesinde önemli olan esas mesele fiilin tahkir içerip içermediğini tespit etmektir. Eğer failin fiili, aşağılama ve tahkir içeriyorsa artık bu tahkirin somut bir fiil veya isnadı şeklinde olması veya sövme şeklinde olması arasında herhangi bir fark olmayacaktır. Bu fark, tahkirin ağırlığını belirlemede bir ölçüt olarak kabul edilebilir. Bunun yanında, bu ayırım TCK'nın 127. maddesinde düzenlenen isnadın ispatı açısından önemlidir. Ancak, somut bir fiil veya olgu ispatlanabilir bir nitelik taşır. Olumsuz bir değer yargısı ifade eden sövmenin ispatlanması söz konusu olamaz¹⁹⁷.

Somut bir fiil veya olgu isnadı tabirinde öngörülen somut bir fiil; muayyen bir iş veya davranış, olgu ise yapılan ya da olan iş ve olayı ifade eder¹⁹⁸. Olgu kavramı,

¹⁹⁶ Telenbach 2007, a.g.l.

¹⁹⁷ Özbek 2005, a.g.e., s.263); Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.227

¹⁹⁸ Türk Dil Kurumu, 2008,

mağdura bir fiili gerçekleştirdiği isnadı olmayıp bir durumun, bir olayın, mağdurun hareketlerinden bağımsız ancak mağdurla ilgili bir gerçeğin ortaya konması şeklinde açıklanabilir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi “somut bir fiil” veya “olgu” kavramları, anlam itibarıyla birbirine yakın kavramlardır. Ancak, bunlar arasındaki fark somut bir fiilin yapılan bir hareket ve neticesini; olgunun ise var olan bir durumu bir olayı ifade ettiği şeklinde ortaya konabilir¹⁹⁹. Bu çerçevede, somut bir fiil veya olgu tabiri kişinin bir hareketini, yaptığı bir işi, gerçekleştirdiği bir olayı veya kişiyle ilgili bir olayı ifade eder. Bu sebeple bir vasfı veya kötü huyu ifade eden sözler, sadece bir değer yargısı ortaya koyduğundan somut bir fiil veya olgu olarak değerlendirilemez²⁰⁰.

Somut bir fiil veya olgu kavramının içeriğinden de anlaşılacağı gibi fiil veya olgunun soyut olarak belirtilmiş, ifade edilmiş olması yeterli değildir. Bir kimseye hırsız, dolandırıcı, fahişe dendiğinde ona bir fiil isnat edilmiş sayılır; ancak fiil, somut olmadığından somut bir fiil veya olgu isnadıyla hakaret suçu işlenmiş olmaz²⁰¹. Çünkü isnat edilen fiil, somut değildir. Bu sebeple, isnat edilen fiil ve olgunun somut, belirli, gerçekliği algılanabilen bir fiil veya olgu olması gerekir²⁰².

Fiil veya olgunun hangi hâllerde somut, belirli sayılacağı üzerine çeşitli görüşler mevcuttur. Bunlar arasında en önemli ve klasik görüş, isnadın ispat edilebilir olup olmadığı ölçütüdür. Eğer isnat, ispat edilebilir bir fiil veya olguya ilişkin ise ortada somut veya belirli bir fiil veya olgu vardır. Isnat, ispat edilemiyorsa ortada bir değer yargısı bulunur. Ancak, bu ölçüt her zaman doğru sonuçlar vermez. Bir kişiye bakire

<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA6AA849816B2EF05A79F7545651>

8CA (18/05/2008); Hafızogulları 2006, a.g.e., s.3

¹⁹⁹ Şen 2006, a.g.e., s.536

²⁰⁰ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.73; Hafızogulları 2006, a.g.e., s.3

²⁰¹ “Sen herkesi dolandırıyorsun” demekten ibaret olan eylemde, belli bir olay yükleme söz konusu olmadığı hâlde, TCK’nın 482. maddesi yerine 480. maddenin uygulanması bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 4. CD. 08.05.1991 1265/2098); “Teftiş sırasında hırsızlığını ve zimmetini kapatmak için girişimde bulundular...” şeklindeki sözler sövme suçunu oluşturur. Yargıtay 4. CD 21.05.1991 2154/3020. (Erdurak 1994, a.g.e., s.889). Bunların yanında Yargıtay “Otuz iki kişiyle ilişkide bulundun” sözü sövme suçunu oluşturmaz, hakaret suçunu oluşturur şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 4.CD. 14.10.1992 -3658/4412. (Erdurak, Yılmaz Güngör, **Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adil Yayınevi, 1994, s.892)

²⁰² Toroslu 2007, a.g.e., s.111)

olmadığını söylemek sövmedir, ancak bu durum, aynı zamanda ispatlanabilir bir olgudur²⁰³.

Öğretide ve uygulamada genel kabul gören görüşe göre, fiil veya olgunun somut sayılabilmesi için; kişiye, konuya, yere, zamana ve şekle ilişkin belirleyici öğelerin gösterilmiş olması gerekir. Ancak, fiilde bu ölçütlerin tümünün gösterilmiş olması gerekmez. Genellikle, isnat edilen fiil veya olgunun hangi zaman ve yerde meydana geldiğine yönelik açıklık, fiil veya olguyu somutlaştırır. Buna rağmen isnadın soyut, belirsiz kalması da mümkündür. Bu nedenlerle, söz konusu ölçütlerden fiil veya olguyu belirli kılacak kadarının gösterilmiş olması, somutluğun oluşması için yeterlidir. Hangi hâllerde fiil veya olgunun belirli hâle geleceğine hâkim, karar verecektir²⁰⁴.

Hakaretin somut bir fiil veya olgu isnadı şeklinde gerçekleşebilmesi için isnadın gerçekleşmiş bir fiil veya olguya ilişkin olması gerekir. Bir kimseye, ileride yapacağı veya yapabileceği fiil veya olguların isnat edilmesi, kişinin niyet veya projelerinin ortaya konulması hâlinde ortada bir varsayım, niyet okuma dolayısıyla afakî soyut bir değerlendirme bulunur ve isnat, bir değer yargısı açıklaması olarak kabul edilir²⁰⁵.

İsnat edilen fiil veya olgunun gerçeğe uygun olmasının, doğru veya yanlış olmasının suçun oluşumuna herhangi bir etkisi yoktur²⁰⁶. Ancak, isnadın gerçek olması TCK'nın 127. maddesinde düzenlenen isnadın ispatı şartlarının varlığı hâlinde önem kazanacaktır. Eğer, şartlar varsa ve isnat ispatlanırsa suç oluşmayacaktır²⁰⁷.

Bir başkasının hakaret içeren fiilini tekrar eden, bilinen bir olayı başkalarına aktaran kimse de hakaret suçunu işlemiş sayılır. Bu durumda, mağdurun onuru tekrar

²⁰³ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2244; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.74; Özbek 2005, a.g.e., s.263

²⁰⁴ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2247; Toroslu 2007, a.g.e., s.111; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.77; Ancak; katılanın, sanığın kendisine "kızımın paraları varmış sen almışsın" biçiminde sözler yönelttiği iddiası, sanığın "kardeşim parayı, euroyu aldın mı... ? dedim, Kur'an-ı öpmesini istedim" biçimindeki kaçamaklı savunması karşısında; yüze karşı hakaret eyleminin sabit olduğu, 765 ve 5237 sayılı TCY.larının ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak, sanık yararına olan hükmün saptanması, sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu... Yargıtay 4. CD 2005/11318 E., 2006/16551 K. (T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2008, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/yeniTasarim> (25/04/2008))

²⁰⁵ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.269

²⁰⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.78; Toroslu 2007, a.g.e., s.111

²⁰⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.419-420

kırılmış belki de ortaya daha büyük bir manevi zarar çıkmış olur. Örneğin, başka bir gazetede yayınlanmış hakaret içerikli bir haberi yayınlayan gazete de hakaret suçu işlemiş olur²⁰⁸.

İsnat edilen somut fiil veya olgunun mümkün olup olmaması, inandırıcı veya inanılır olup olmaması suçun oluşumunu etkiler. Hakaret suçu, kişinin onur ve saygınlığına zarar veren fiillerden oluşur. Toplum tarafından hiçbir şekilde inanılır kabul edilmeyen, gülünç olarak anılan fiiller, fiilin muhatabının toplumdaki saygınlığına zarar veremeyeceğinden, saygınlığı etkileyemeyeceğinden dolayısıyla kişinin şerefi de rencide olmayacağından, hakaret suçu oluşmaz. Çünkü isnat edilen fiil, mağdurun onur ve saygınlığını rencide etmek için elverişli değildir. Fiilin inandırıcı olup olmadığı, toplumun algısıyla ilgili bir husustur. İnandırıcı olmayan bir fiilin, toplumun geneli tarafından böyle algılanıyor olması gerekir. Ancak toplumun bazı kesimleri tarafından inandırıcı bulunmasa da bazı kesimlerce inandırıcı bulunan fiillerin isnadı hâlinde saygınlığın rencide edilmesine elverişlilik şartı olduğundan suç oluşacaktır²⁰⁹.

Eğer somut fiil veya olgu isnadı, suç oluşturan bir fiil ise ve fail mağdur hakkında ceza soruşturması, disiplin soruşturması veya idari soruşturma açılmasına neden olmuşsa iftira suçu gündeme gelecektir. Bu durumda, hakaret suçu ile iftira suçu arasında fikrî içtima söz konusu olacak ve sanık hakkında iftira suçundan işlem yapılacaktır²¹⁰. Suç oluşturan somut fiil veya olgu, basın yoluyla işlenmişse, iddia makamının resen harekete geçeceği düşünülerek iftira suçunun oluşacağı öngörülmüştür (TCK 267/9). Aslında iddia makamı, haber aldığı her suç için resen harekete geçmek zorundadır. İftira suçu, adliyeye karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. İftira suçunun hakaret suçundan farkı, soruşturmaya sebep olunarak adliyenin yanlış yönlendirilmesine sebep olunmasıdır. Oysa basının soruşturmaya hiçbir ilgisi ve bağlantısı bulunmaz. Dolayısıyla bu hükümle, iftira suçuyla hakaret suçunun bu bağlamda yakınlaştığı

²⁰⁸ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.79); Toroslu 2007, a.g.e., s.111

²⁰⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.271; Toroslu 2007, a.g.e., s.111

²¹⁰ Şen 2006, a.g.e., s.535

söylenebilir. Bu sebeple, TCK'nın 267/9 maddesinde düzenlenen suçun, şerefe karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi daha doğru olabilirdi²¹¹.

c. *Sövme*

TCK'nın 125. maddesinde, hakaret suçunun somut bir fiil veya olgu isnadıyla işlenebileceği gibi, sövme suretiyle de işlenebileceği öngörülmüştür. Kanun sövme fiilini tanımlamamıştır. Sövmek fiili; sövgü, küfretme; bir kimsenin namus, onur ve şöhretine saldırı olarak tanımlanabilir. Öğretide ve uygulamada, sövmeden; bir kimseye küfür etmek, o kişiye aşağılayıcı bir sıfat yüklemek anlaşılmaktadır²¹².

Sövme; somut bir fiil veya olgu isnadı bulunmayan ancak kişinin şeref, onur ve saygınlığını rencide eden, kaba, gücendirici kabul edilen hakaret fiilleridir. Bu tür fiiller, mağdur hakkında olumsuz bir değer yargısı ifade eder²¹³. Mağdura, somut bir fiil veya olgu isnat etmeksizin sadece bir vasıftan ya da kötü bir huy, alışkanlıktan bahsedilerek onur ve şerefe saldırılması hâlinde sövme suçu oluşur. Örneğin, mağdura korkak, alçak, ayyaş denmesi hâlinde sövme suçu oluşacaktır. Bahse konu vasıf, mağdurun fiziki bir arızasına yönelik de olabilir. Örneğin, şaşı, topal, kambur denmesi hâlinde de hakaret suçu, sövme seçimlik hareketi ile işlenmiş sayılır²¹⁴.

TCK'nın 125. maddesinin gerekçesinde “...keza, kişiye herhangi bir olayla irtibatlandırmadan soyut olarak yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de hakaret suçu oluşur. Kötü bir niteliği veya huyu ifade eden sözler, somut bir fiil veya olgu ile irtibatlandırılmadıkları hâlde yine de hakaret suçu oluştururlar. Örneğin, bir kimseye “serseri”, “alçak”, “hayvan” denmesi hâlinde somut fiil isnadı söz konusu değildir. Aynı şekilde, kişiye soyut olarak “hırsız”, “rüşvetçi”, “sahtekâr”, “fahişe” gibi yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de hakaret suçu oluşmaktadır. Kişinin bedeni arızasını ifade etmekle veya kişiye bir hastalık izafe etmekle de hakaret suçu işlenmiş olur. Örneğin, kişiye “kör”, “şaşı”, “topal”, “kambur”, “kel”; demekle kişiye “psikopat”, “fregili” veya “AIDS”li demekle hakaret suçu işlenmiş olur.” şeklinde açıklama

²¹¹ Telenbach 2007, a.g.l.

²¹² Hafizoğulları 2006, a.g.e.,s.4

²¹³ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.420; Toroslu 2007, a.g.e., s.113; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.228

²¹⁴ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.103; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2295

yapılarak sövme seçimlik hareketi ile oluşabilecek hakaret suçunu tarif etmiştir. Gerekçede de belirtildiği gibi kişiye bir fiil isnadında bulunulsa da örneğin “hırsız”, “dolandırıcı” gibi, eğer bu fiil somutlaştırılmamışsa yine sövme seçimlik hareketi ile suç işlenmiş olacaktır.

Sövmek suretiyle hakaret suçu küfür etmede olduğu gibi, sözlü olarak işlenebileceği gibi kişiye el kol hareketleri yapmak, yüzüne tükürmek ve benzeri davranışlarla da işlenebilir. Kişiye herhangi bir hareketle veya işaretle yapılan hakaretlerde, hareketle işaretlerin sınırlanması mümkün değildir. Hakaret içerikli bu tür hareketler, neredeyse sınırsız gibidir²¹⁵.

Somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle dolaylı hakaret suçu işlenebileceği gibi sövmek suretiyle de dolaylı hakaret suçunun işlenmesi mümkündür. Örneğin, evli bir erkeğe boynuzlu dendiğinde kocaya karşı doğrudan, karısına karşı da dolaylı hakaret suçu işlenmiş sayılır²¹⁶.

Sövme suretiyle hakaret suçunu bu suça yakın başka suçlardan ayırmaya yarayan esaslı unsur, manevi unsurdur. Örneğin, sırf acıyarak zavallı, kör, topal demek sövme suçunu oluşturmaz. Bu tür durumlarda hâkim, olayın özelliğine göre değerlendirme yapacaktır. Bunun yanında, şehvet veya cinsel maksatla olmadığında bir kadını takip etmek veya öpmek suretiyle de hakaret suçu işlenebilir. Eğer, fail, cinsel amaçla bu tür hareketleri yapıyorsa, cinsel saldırı suçu oluşur. Dolayısıyla, cinsel amaçlı yapılmadığında, sırf tahkir amacıyla yapıldığında, bu tür hareketlerde hakaret suçunun oluştuğu kabul edilmelidir²¹⁷. Yargıtay, çeşitli kararlarında bu tür suçlarda ayırıcı unsurun, manevi unsur olduğunu belirtmiştir²¹⁸.

²¹⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.109; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.420; Şen 2006, a.g.e., s.537; Belediyede zabıta memuru olarak görev yapan müşteki ile sanık arasında gazete okuma yüzünden çıkan tartışmada, sanığı müştekiye "gazeten kadar konuş" şeklinde sözler söyleyerek gazeteyi müştekinin yüzüne karşı fırlatması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın müştekiye karşı, görev başında ancak görevden kaynaklanmayan bir nedenle sövme suçunu işlediğinin anlaşılmasına göre... Yargıtay 2. CD 2005/4591 E., 2006/3340 K. (T.C. Yargıtay Başkanlığı, a.g.l.)

²¹⁶ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.372; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.228; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.107

²¹⁷ Özbek 2005, a.g.e., s.265; Soyaslan 2005, a.g.e., s.244; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.370

²¹⁸ Araları açık bulunan müdahil ile sanığın çocuklarının olay günü kavga ettikleri sırada, sanığın müdahili halk arasında küçük düşürmek ve kalbini kırmak amacıyla şalvarının ipinin yere düşürmesi

Mağdura tokat atma fiilinin hakaret suçunu mu yoksa sövme suçunu mu oluşturduğu hususu, uygulama ve doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş, tokat atmanın yaralama olduğunu ve sadece yaralama olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia eder. Diğer bir görüş ise, tokat atmanın hem hakaret suçunu hem de yaralama suçunu oluşturacağını, bu sebeple tokat atma hâlinde failin kastına bakılmasının gerektiğini, hakaret kastı varsa bu suçtan, yaralama kastı varsa yaralama suçundan değerlendirme yapmak gerektiğini iddia etmektedir²¹⁹. Bir kimseye tokat atılması hâlinde hem o kişiye cismen eza verildiği hem de onur ve saygınlığının zarar gördüğü açıktır. Fail, bir kimseye tokat attığında hem yaralama hem de şerefın ihlal edilmesi sonucunun ortaya çıkacağını bilir ve bu neticeleri ister. Bu sebeple, bu hâllerde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir²²⁰.

İhmali hareketle sövme suretiyle, hakaret suçunun işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar, uzatılan elin sıkılmamasını, sorulan soruya cevap verilmemesini veya küçük düşürücü bir tavırla cevap verilmesini hakaret olarak kabul etmektedirler²²¹. Bazı yazarla ise ihmali hareketle, hakaret suçunun işlenemeyeceğini suçun her hâlde icraî bir hareketle işlenebileceğini kabul etmektedir²²².

Hakaret suçu, kişinin şeref, onur ve saygınlığını ihlal eden bir suçtur. Kişinin şeref ve saygınlığının hangi hâllerde, hangi sözlerle, hangi fiillerle ihlal olunduğu belirli bir çevrede yaşayan insanların genel kanaatleri, örf ve adetleri, değer yargılarıyla belirlenir. Eğer, bir toplumda, el sıkılmama, sorulan soruya cevap vermeme hakaret olarak kabul ediliyorsa suçun bu tür ihmali hareketlerle işlenemeyeceği ileri sürülemez.

ve “senin kıcını herkese göstereceğim” şeklinde söz söylemesi hakaret kastına yöneliktir. TCK’nın 421. maddesiyle hüküm kurulması doğru değildir. Yargıtay 5. CD. 20.02.1986, 473/761. (Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2296); Müştekinin tarlasında ekili bulunan patates fidelerinin babası tarafından ezilmesi sonucu, sanık ile müşteki arasında çıkan tartışma sırasında sanığın müştekiye küfredip pantolonunun üzerinden cinsel organını göstermesinin kasıt itibarıyla hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden sarkıntılıktan mahkûmiyet hükmü kurulması yerinde değildir. Yargıtay 2.CD 12.09.1991 8788/9232. (Malkoç, İsmail, ve Mahmut Güler, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Ankara: Adil Yayınevi, C.:4, 1996, s.4078)

²¹⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.110; Özbeke 2005, a.g.e., s.265; Soyaslan 2005, a.g.e., s.244

²²⁰ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.111

²²¹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.111; Soyaslan 2005, a.g.e., s.244; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.52

²²² Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.420 (Yazar, elin sıkılmaması, sorulan soruya cevap verilmemesi örneklerinde zaten failin garantör durumunda olduğunun söylenemeyeceğini, bu sebeple ihmali hareketi icrai harekete eşdeğer saymanın mümkün gözükmediğini ileri sürmektedir.)

Dolayısıyla, sövme seçimlik hareketiyle hakaret suçu, hem icraî hem de ihmali bir hareketle işlenebilen bir suçtur. Ancak, günümüzde genel olarak, uzatılan elin sıkılmaması, sorulan soruya cevap verilmemesi kaba, nezaket kurallarına aykırı, şık olmayan bir hareket olarak kabul edilebilirse de sövme olarak değerlendirmemek gerekir. Kişilerin nazik olmayan, görgü kurallarına uygun bulunmayan hareketlerini, hakaret suçu olarak değerlendirmek ifade özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlar. Bu tür durumların mağduru üzse de mağdura hakaret suçunu oluşturacak düzeyde manevi acı verdiği de söylenemez. Bu sebeple, el uzatmama vs. gibi ihmali hareketler, suç kapsamında değerlendirilmemelidir²²³.

d. Fiilin Tahkir (Aşağılama) İçermesi

Hakaret suçunun oluşabilmesi için isnat edilen fiilin kişinin onurunu, şeref ve saygınlığını rencide etmesi; sövmenin ise onur, şeref ve saygınlığa saldırı niteliğinde olması gerekir. Yani fiilin; tahkir, aşağılama niteliğine sahip olması gerekli ve zorunludur²²⁴.

TCK'nın 125. maddesinin gerekçesinde “dikkat edilmelidir ki davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleştirilmesi gerekir... Bir kişiye izafeten söylenilen sözün veya bulunulan davranışın, o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken, toplumda hâkim olan telakkileri, örf ve adetleri göz önünde bulundurmak gerekir²²⁵.” şeklinde açıklama yapılarak hakaret suçunun oluşumu için fiilin mutlaka aşağılama içeriğine sahip olması gerektiği hususu belirtilmiş ve bu niteliği tespit ederken dikkate alınması gereken ölçütleri belirlemiştir.

Daha önce de açıklandığı gibi kişinin onur ve şerefi, iç şerefi; saygınlığı ise dış şerefi ifade eder. Kanun koyucunun, yapılan hareketin hem kişinin başkaları nezdinde itibarının kırıldığını hissetmesine ve düşünmesine sebep olabilecek bir hareket (iç şeref) hem de gerçekten başkalarının kişi hakkında kötü, olumsuz düşünmesine sebep olabilecek bir hareket (dış şeref) olmasını öngörmüş olduğu, suçun oluşumu için her üç (şeref, onur ve saygınlık) kavramı birlikte aramış olmasından anlaşılmaktadır. Bu

²²³ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2296

²²⁴ Toroslu 2007, a.g.e., s.112

²²⁵ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.244

durumda, sadece mağdurun onurunun kırılması veya sadece saygınlığının, itibarının sarsılması suçun oluşumu için yeterli değildir. Her ne kadar onur, şeref ve saygınlık kavramlarını birbirinden ayrı düşünmek çok mümkün olmasa da bundan çıkan sonuç hareket veya sözün tahkir içeriğinin objektif kıstaslara göre belirlenecek olmasıdır²²⁶. Kanun, onur, şeref ve saygınlığın zarar görmesinde mağdurun kanaatini yeterli görmemiştir. Eğer, fiil objektif olarak onur, şeref ve saygınlığa zarar vermiyorsa fiilde tahkir içeriği yoksa mağdurun tahkir edildiğini iddia etmesi, aşağılandığı kanaatine sahip olması, fiile tahkir içeriği vermez ve hakaret suçu oluşmaz. Mağdurun, aşırı hassas olması, onur ve şerefine karşı aşırı titiz olması veya mağdurun subjektif değerlendirmeleri, suçun oluşumunda dikkate alınmaz²²⁷.

Hangi fiillerin onur, şeref ve saygınlığı rencide ettiğini veya bu değerlere saldırı oluşturduğunu saptamak, önemli ve bazı hâllerde güçlük ortaya çıkaran bir husustur. Bir fiilin aşağılama içerip içermediği, söylenen sözlerle ve hareketlerle belirlenir. Bazen, söylenen bir sözle birlikte oluşan mimik, sözle birlikte yapılan el, kol hareketleri veya sesin tonu fiilin tahkir içerip içermediğini belirlemede dikkate değer olabilir. Bunun yanında bir söz, iki kişi arasında söylenirse bir anlama, aleni bir yerde söylenirse başka bir anlama; belirli bir toplulukta söylenirse yine farklı bir anlama gelebilir²²⁸. Bu sebeple, bir fiilin tahkir içerip içermediğini saptamak için birçok farklı veriyi, etkeni dikkate alarak sonuca ulaşmak gerekir.

Bir fiilin, tahkir içeriğine sahip olup olmadığı oldukça görecedir (nispidir). Zamana, yere, topluma ve ortama göre değişir. Çünkü bir fiilin tahkir içerip içermediği toplumun örf ve âdetine, toplumun çoğunluğunun ortak değer yargılarına, düşünüş ve anlayışına göre belirlenir²²⁹. Bu sebeple hakaret suçunun tahkir içerip içermediğinin

²²⁶ Şen 2006, a.g.e., s.536

²²⁷ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.83; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2245; Özbek 2005, a.g.e., s.265

²²⁸ Soyaslan 2005, a.g.e., s.233

²²⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.81; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2246; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.218; Özbek 2005, a.g.e., s.265; Toroslu 2007, a.g.e., s.112; Özel 2003, a.g.e., s.95

tespitinde dikkate alınması gereken örf ve adet ve toplumun değer yargıları suçun işlendiği yer ve zamana ait olan örf, adet ve değer yargılarıdır²³⁰.

Hakaret içeren fiillerin, görece olması tahkir içeriğinin toplumun değer yargılarına bakılarak değerlendirilmesi hakaret suçlarının tanımlanmasına olanak vermemektedir. Aslında, örf ve adet, toplumun genel kanaatleri, ceza içeren kanunların açıklanmasında kaynak olarak kabul edilemez. Bu sebeple, hakaret suçunun; Anayasa, AİHS ve Ceza Kanunu'nda güvence altına alınan belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu iddia edilebilir. Ancak, hakaret suçunun belirlilik ilkesine aykırı olduğu herhangi bir şekilde ileri sürülmemektedir. Bu önerme, hemen hemen tüm hukuk sistemleri için geçerli bir önermedir. Hemen hemen tüm hukuk sistemleri, hakaret suçunun tanımını yapmamış ve kaynak olarak toplumun değer yargılarını dikkate almıştır²³¹. Şeref ve saygılığın toplumun kültürüyle ve yaşayış şekliyle doğrudan bağlantılı olması, bu zorunluluğu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, hakaret suçunun kaynakları arasında örf ve âdetin bulunması, toplumun değer yargılarının olması genel bir ölçü olarak kabul edilmek zorundadır. Bir fiilin toplumun değer yargılarına aykırı olup olmadığını, tahkir içerip içermediğini belirlemek hâkime aittir, hâkimin takdirinde olan bir husustur²³².

Tahkir içeriğinin belirlenmesinde kullanılan örf ve âdetin ve toplumun değer yargılarının kanunlara uygun olması gerekir. Hukukun temel ilkelerinden biri, kanuna aykırı örf ve âdetin yine kanuna aykırı değer yargılarının hukukun kaynağı olamayacağıdır²³³. Örneğin, suç oluşturan bir fiili işlememiş olmak isnadı, toplum tarafından aşağılama olarak görülse bile suç olarak kabul edilemez. Ancak, bunun aksine kararlara İtalyan Temyiz Mahkemesi'nde rastlanmaktadır²³⁴. Hakaret fiillerinin tahkir içeriğinin bulunup bulunmadığını belirlerken, mağdurun sıfatını da dikkate almak

²³⁰ Sanığın söylediği kabul edilen “göbel” sözünün yörede hakaret olarak kabul edilip edilmediği araştırılmadan... Eksik soruşturma ile hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 2.CD 23.06.1992 6177/6795. (Erdurak 1994, a.g.e., s.904)

²³¹ Telenbach 2007, a.g.l.

²³² Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.218; Şen 2006, a.g.e., s.536

²³³ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.84; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.227; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.418

²³⁴ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2246

gerekir²³⁵. Mağdurun sosyal statüsü, mesleği, tahkir içeriğinin tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus; her insanın tüm hukuk sistemleri tarafından korunan minimum bir onur ve saygınlığının bulunduğu ve bu onur ve saygınlığa kimsenin zarar vermeye hakkının bulunmadığıdır. Bunun yanında yukarıda da belirtildiği gibi mağdurun sosyal statüsü, mesleği ayrıca göz önünde tutulur²³⁶.

Bazen bir kişiye yöneltilen ve objektif niteliği itibarıyla hakaret içermeyen bazı kelimeler; kullanıldıkları şartlar, kullanılış sebebi, hatırlattıkları olaylar itibarı ile hakaret içeriği kazanabilir. Yargıtay bir kararında, “bir sözde aşağılama içeriğinin olup olmadığını sözün söylendiği yere, zamana, şartlara ve hatta onunla birlikte söylenen başka sözlere bakılarak tespit edilmelidir²³⁷.” şeklinde açıklama yapmıştır. Bundan da tahkir içeriğini saptarken, fiilini bütün özelliklerinin dikkate alınması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Mağdura isnat edilen fiilin suç olması, tek başına fiilin tahkir içeriğine sahip olduğunu göstermez. Bu önerme, genellikle doğrudur. Yani, isnat edilen fiil suç oluşturuyorsa genellikle fiilde tahkir içeriği bulunur. Ancak, bu önermenin doğru olmadığı durumlar da vardır. Bazı suç oluşturan isnatlar, tahkir içeriğine sahip olmadığı gibi toplumda saygı uyandıran hareketler olarak görülebilir. Bazı siyasi suçlarda bu çok bariz olarak ortaya çıkar²³⁸. Bu durumun tipik örneği, düellonun suç sayıldığı yerlerde görülür²³⁹.

Onur, şeref ve saygınlığa zarar veren her fiilde, aynı zamanda ahlâka aykırılık bulunduğu söylenebilir. Bazı fiiller, toplum tarafından ahlaka aykırı sayılır ve mutlak olarak tahkir içeriğine sahiptir. Hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekârlık, bu tür fiillerdendir²⁴⁰. Bunun yanında, sövme olarak kabul edilen küfür sözleri de ahlaka aykırı kabul edilir ve tipiktir. Bir kimseye, it, domuz, hayvan gibi isnatlarda bulunmak mutlak olarak tahkir içerir ve hakaret suçunu oluşturur. Yine bazı el ve kol hareketleri de

²³⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.83; Özbek 2005, a.g.e., s.265

²³⁶ Soyaslan 2005, a.g.e., s.234

²³⁷ Yargıtay CGK 03/11/1964 Gün, 435/d-2 E. 481 K.. (Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.217)

²³⁸ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2245

²³⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.83

²⁴⁰ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2245

mutlak olarak tahkir içeriğine sahiptir. Örneğin, bir kimseye orta parmağını göstermek, kolunun bileğinden yukarı kaldırarak göstermek sövme olarak kabul edilir.

Daha önce de açıklandığı gibi, meydana gelmesi imkânsız, inanılır olmayan, insanlara gülünç gelen, doğru olmadığı açıkça anlaşılan bir isnat, suç oluşturmaz. Gülünç isnatlar, tahkir edilmek istenenden çok tahkir etmek isteyen gülünç duruma düşmesine sebep olan tahkir etmek isteyen saygınlığına zarar veren fiiller, mağdurun onur ve saygınlığına zarar vermeye elverişli değildir²⁴¹. Ancak, bir insanın; it, hayvan olarak kabul edilmesine imkân yoktur; böyle bir isnada inanılmaz. Bu ve buna benzer isnatlar, mutlak olarak inanılması mümkün olmayan isnatlardır²⁴². Ancak, isnadın aşağılamaya elverişli olup olmadığı, seçimlik hareketlerden biri olan sövmek suretiyle onur ve saygınlığa saldırı hâlinde dikkate alınmaması gereken bir kural olarak ortaya çıkar. Gerçekten de tipik küfür sözleri; inandırıcı nitelikte olmayan, toplum tarafından gülünç karşılanan fiillerdir. Bu tür sözleri bir başkasına söyleyen kişi, toplum tarafından kınanır ve birçok hâlde toplum nezdinde saygınlığı mağdurdan daha fazla zarar görür. Kanun koyucu, bu sebeple sövme seçimlik hareketinde “saldırı” kavramını kullanmıştır. Çünkü tipik küfür ve sövme sayılan hareketler, mağdurun saygınlığına zarar vermeyebilir. Ancak, bu tür hareketlerin, onur ve saygınlığa saldırı oluşturduğu açıktır ve kanun, bu sebeple sövme hâlinde, suçun oluşumunda fiilin inandırıcı olup olmamasını aramamıştır. Oysa kanun, somut bir fiil veya olgu isnadı seçimlik hareketinde onur, şeref ve saygınlığın “rencide” olması şartını aramıştır. İnandırıcı olmayan somut bir fiil veya olgu tahkir içeriğine sahip değildir, bu sebeple şeref ve saygınlığı rencide etmeye elverişli bulunmaz ve bu gibi hâllerde hakaret suçu oluşmaz.

Bundan kanunun, isnattan dolayı suçun konusunun zarar görmüş olması şartını aradığı sonucu çıkmaz. Isnadın objektif olarak tahkir içeriğine sahip olması, suçun oluşumu için yeterlidir. Yani isnat edilen fiilin, rencide edici nitelikte olması herkes

²⁴¹ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2246

²⁴² Bu tür isnatlar, İslam Hukuku’nda açıkça yalan olması ve inandırıcı olmaması sebebiyle cezalandırılmayan isnatlar olarak değerlendirilmekteydi. İslam Hukuku’nda tahkir içeren sözün mağdurun değil de failin aşağılanmasına yol açması hâlinde faile ceza verilmeyeceği kabul ediliyordu. Köpek, domuz gibi gerçeğe aykırı, insanın herhangi bir vasfına ait olmayan tahkirlerin mağdurun aşağılanmasına sebep olamayacağı bu tür sözleri söyleyen failin toplum nezdinde aşağılanmasına yol açacağı gerekçesiyle suç oluşturmaya ve tazir gerektirmediği kabul ediliyordu. Sövme olarak kabul edilen bir isnadın, cezalandırılabilmesi için kişiye ait bir vasıf, kötü bir huy ifadesi olması şartı aranıyordu. (İbn-i 1982, a.g.e., s.303)

tarafından bu niteliğinin bilinmesi suçun oluşumu için yeterlidir; mağdurun gerçekten şeref ve saygınlığının rencide olmuş olması gerekmez²⁴³.

e. Huzur ve Gıyap

TCK'nın 125. maddesinin 2. Cümlesinde “mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılması için fiilin en az üç kişi ile ihtilât ederek işlenmesi gerekir.” hükmüyle gıyapta hakareten bahsedildiğinden birinci cümlemin, huzurda hakareti düzenlediği anlaşılmaktadır²⁴⁴. Bu sebeple, hakaret suçunun huzurda ve gıyapta işlenebileceği, suçun gıyapta işlenmesi hâlinde ihtilât şartının gerçekleşmesi gerektiği, madde metninden ortaya çıkmaktadır.

765 Sayılı TCK, suçun huzurda veya ihtilât edilerek (gıyapta) işlenmesi hâline göre yapmış olduğu bazı ayırımlar TCK'da yapılmadığından TCK'ya göre artık huzur ve gıyap ayırımının önemi kalmamıştır²⁴⁵. Ancak, söz konusu ayırım, hangi hâllerde mağdurun hazır sayılacağıyla dolayısıyla ihtilât şartının hangi hâllerde aranmayacağıyla belirlenmesi açısından hâlen önemli ve üzerinde durulması gereken bir ayırımdır²⁴⁶. TCK'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında suçun herhangi bir iletiyle işlenmesi hali düzenlenmiştir. Suçun mağduru muhatap alan bir iletiyle işlenmesi halinde suç huzurda işlenmiş gibi kabul edilmektedir. Bu sebeple bu konu da bu başlık altında incelenmiştir.

aa. Huzurda Hakaret

TCK'nın 125. maddesinin 1. Cümlesinde huzurda hakaret suçu, düzenlenmiştir. Huzurda hakareti gıyapta hakareten ayıran husus, hakaretin huzurda veya huzura eşit sayılan hâllerde işlenmesi durumunda ihtilât şartının aranmamasıdır. Huzurda hakaret hâlinde, mağdur tek başına olsa da fiili hiç kimse görmese veya duymasa da hakaret suçu oluşacaktır²⁴⁷.

²⁴³ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.227; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.418

²⁴⁴ Toroslu 2007, a.g.e., s.150

²⁴⁵ 765 Sayılı TCK'nın 480/1, 480/2, 480/3, 482/3 maddelerinde, hakaret ve sövme suçunun ihtilât edilerek işlenmesi hâliyle yüze karşı işlenmesi hâli arasında ceza müeyyidelerinde farklar bulunduğundan bu husus önem arz etmekteydi.

²⁴⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.420; Özbek 2005, a.g.e., s.260

²⁴⁷ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.113

Fiilin, huzurda işlenmiş sayılması için mağdurun huzurunda ve huzura eşit sayılan hâllerde işlenmiş olması gerekir. Mağdurun huzurundan amaç, hareketin aracısız, bizzat mağdur tarafından öğrenilmiş olmasıdır. Mağdurla failin yüz yüze olması, aynı yerde birlikte olmaları şart değildir. Fiilin, mağdur tarafından aracısız, doğrudan doğruya öğrenilmesi, algılanması ve failin buna kasten (bilerek ve isteyerek) sebep olması hâlinde huzurda hakaret suçu oluşur. Önemli olan fiilin, mağdur muhatap alınarak işlenmesi ve mağdurun aracısız olarak fiili öğrenmesidir²⁴⁸.

Uygulamada da huzurda hakaret suçunun oluşması için mağdurla failin yüz yüze olmasının gerekmediği kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında, apartman sahanlığının giriş kapısında bulunan mağdurun burada bulunduğunu bilen failin, mağdurun duyabileceği şekilde söylediği sözlerin; mağdurun evinin yanında mağdurun duyabileceği şekilde yüksek sesle söylenen sözlerin huzurda hakaret suçunu oluşturacağını kabul etmiştir²⁴⁹.

Huzurda hakaret suçunun oluşumu için mağdurun fiili doğrudan algılaması, öğrenmesi veya doğrudan öğrenme imkânı olması şarttır²⁵⁰. Bunun aksini iddia edenler, yani mağdurun huzurda olmasının veya sayılmasının yeterli olduğunu, mağdurun fiili duymasının, görmesinin veya algılamasının suçun oluşumu için gerekli olmadığını ileri sürenler varsa da²⁵¹ hâkim görüş, mağdurun fiili algılamasının gerekli olduğu yönündedir. Sözün uzakta söylenmiş olması veya mağdurun işitme sorunları sebebiyle söylenen sözü duymamış olması hâlinde huzurda hakaret suçu oluşmaz²⁵². Bu konuda, Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır²⁵³.

²⁴⁸ Erman, Hakaret ve Sövmeye Cürümleri 1950, a.g.e., s.111; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2265; Toroslu 2007, a.g.e., s.110; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.422; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.228

²⁴⁹ Yargıtay 4 CD 02/12/1992, 6639/7571 YKD Mart 1993 Sayfa 466– Yargıtay 4 CD 31/05/1999, 4873/6254 YKD Kasım 1999 Sayfa 1605. (Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.421)

²⁵⁰ Sanığın Ankara Barosu Başkanlığına katılan avukatı şikâyet etmesi nedeniyle tahkikat açıldığı, buna göre sövmeye ilişkin dilekçenin de, Avukatlık Yasasının öngördüğü tahkikat usulü gereği Baro Yönetim Kurulunda okunması ayrıca ilgili avukata, açıkça ve yazılı olarak bildirilerek savunmasının istenmesi zorunluluğu karşısında sövmeye suçu huzurda işlenmiş sayılacağından eylemin TCY'nın 268/3 yollaması ile 266/3.maddesine uymasına karşın yazılı şekilde hüküm kurulması, Yargıtay 4. CD 2001/16424 E., 2002/1234 K. T.C. (Yargıtay Başkanlığı, a.g.l. 2008)

²⁵¹ Erman, Hakaret ve Sövmeye Cürümleri 1950, a.g.e., s.114

²⁵² Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.421

²⁵³ Aldıkları alkolün etkisiyle sokakta yüksek sesle konuşan sanıklar, kendilerini ikaz eden şikâyetçi İsmail'e huzurunda alenen sinkaflı bir şekilde sövmüşlerdir. Sanıkların kastı, gıyapta hakaret olmayıp

bb. Gıyapta Hakaret

TCK'nın 125. maddesi 2. Cümlesinde gıyapta hakaret hâlinde de failin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yukarıda bahsedilen huzurda hakaret hâllerinin oluşmadığı, yani suçun, mağdurun bulunmadığı bir yerde veya mağdurun huzurunda işlendiği kabul edilmeyen şekillerde işlenmesi hâlinde, eğer şartları bulunuyorsa gıyapta hakaret suçu oluşur. Gıyapta hakaret suçunun oluşabilmesi için failin fiili en az üç kişiyle ihtilât ederek gerçekleştirmesi gerekir.

İhtilât kelimesi “karşılaşmak”, “görüşmek” anlamına gelmektedir²⁵⁴. Gıyapta hakaret suçunun oluşumu için failin, fiili başkalarına aktarması, üçüncü kişilerin bilgisine sunması, üçüncü kişilerin fiili öğrenmelerini sağlaması gerekir. Şeref ve şerefin objektif yansıması sayılan saygınlık, ancak aşağılamayı içeren isnadın üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi hâlinde ihlal edilmiş olur. Kişinin bir başka kişi hakkındaki düşüncesi, tek başına dış dünyada herhangi bir değişikliğe sebep olamaz. Dolayısıyla, sadece soyut düşüncenin toplumda yansıması olacağı kabul edilemez. Bu sebeple, isnadın, üçüncü kişilerle paylaşılması gereklidir²⁵⁵.

İhtilât ile aleniyet, aynı veya benzer anlama gelen kavramlar değildir. Aleniyet, suçun herkese açık, aleni sayılan bir yerde işlenmesi anlamına gelir. Failin evinde birçok kişiyle yaptığı bir toplantıda, tahkir edici isnatlarda bulunması hâlinde ihtilât unsuru oluşur; ancak aleniyet unsuru oluşmaz. İhtilât, gıyapta hakaret suçunun unsurlarındandır, aleniyet ise suçun nitelikli hâllerinde biridir. 765 Sayılı TCK'da aleniyet, sadece huzurda hakaretin nitelikli hâliyen TCK'da aleniyet, hem huzurda

tahkir edici sözler, mağdurun yüzüne karşı söylenmiştir. Mağdurun söylenen tahkir edici sözleri işitme duyusunun azlığı nedeniyle duymaması, atılı suçun gıyapta işlendiğinin kabulünü gerektirmez. Zira böyle bir kabul, yasa koyucunun amacıyla bağdaşmadığı gibi sağır olan veya çeşitli engellerle söylenen sözleri işitmeyen veya anlamayan kişilere karşı TCK'nın 482/2-3 maddelerindeki suçun işlenmesini olanaksız hâle getirir... Failin, hakaret oluşturan sözünün duyulması olanağını yaratmış olması yeterlidir. Söylenen sözün, fiilin duyulmuş olup olmaması ağırlatıcı nedenin uygulanması bakımında önem taşımaz. Yargıtay CGK 04/03/2003 Gün 4-37/25. (Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.421-422)

²⁵⁴ Türk Dil Kurumu; <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA> (15.01.2008)

²⁵⁵ Toroslu 2007, a.g.e., s.115; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2252; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.280

hem de gıyapta hakaretin nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir. Gıyapta hakaret hâlinde de aleniyet nitelikli hâli uygulanabilecektir²⁵⁶.

Gıyapta hakaret suçunun oluşabilmesi için failin, en az üç kişiyle ihtilât etmesi gerekir. Failin, bir veya iki kişiyle ihtilât etmesi, suçun oluşumu için yeterli değildir. Eğer fail sadece iki kişiyle ihtilât etmişse, hakaret suçu oluşmayacaktır.

Aslında, sadece bir kişiyle ihtilât edilmesi hâlinde de mağdurun kişilik hakları, şerefi rencide olur ve bu gibi durumlarda da bir haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak, kanun koyucunun izlediği suç siyaseti gereğince, hakaret suçunun oluşması için en az üç kişiyle ihtilât edilerek, fiili üç kişinin öğrenmesi sağlanarak bir kişinin tahkir edilmesi hâlinde, hakaret suçunun oluşacağı kabul edilmiştir²⁵⁷. Kanun koyucunun, suç siyasetinin hangi düşüncelerden kaynaklandığı hususunda gerekçede herhangi açıklama yoktur. Isnadın sadece bir kişi ile paylaşılmasının kişinin şerefi ve saygınlığını ihlal ettiği, haksızlık oluşturduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Kanun koyucu, toplum ilişkilerinde insanın doğasında bulunan doğru veya yanlış; fikir ve kanaatlerini başkalarıyla, kendisine yakın gördüğü kimselerle paylaşma isteğini dikkate alarak, bu isteğin engellenmesinin doğru olmadığını veya bu isteğin engellenemeyeceğini düşünerek, en az üç kişiyle ihtilât şartını aramış olabilir. Bunun yanında, kanun koyucu, bir ya da iki kişiyle ihtilâtı düşünce açıklama özgürlüğü içinde saymış, üç kişiyle paylaşılmayan isnatları, düşünce özgürlüğü sınırları içerisinde kabul etmiş de olabilir²⁵⁸. Kanun koyucu, isnadın sadece iki kişiyle paylaşılmış olmasını, mağdurun şeref ve saygınlığının yeterince ihlal edilmemiş olduğunu kabul ederek suç saymamış olabileceği gibi failin kötü niyetini de dikkate almış olabilir. Sadece, iki kişiyle ihtilât eden fail, cezai müeyyide ile karşılanacak kadar kötü niyetli, anti sosyal sayılmamış da olabilir.

Buna karşılık kanun koyucunun izlediği bu suç siyasetinin doğru olmadığını, kanunun her hâlde kişinin şeref ve saygınlığını koruması gerektiğini, Anayasa'nın 5. maddesinin devlete, kişilerin manevi varlıklarını koruma yükümlülüğü yüklediğini; bu sebeple, gıyapta hakaret suçunun oluşumunda kişi sayısının dikkate alınmaması

²⁵⁶ Özbek 2005, a.g.e., s.262

²⁵⁷ TCK Gerekeçesi. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.245

²⁵⁸ Soyaslan 2005, a.g.e., s.238

gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Bu düşünceyle, TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının 2. Cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Çat Sulh Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesi söz konusu cümleyi Anayasa'ya aykırı görmeyerek başvuruyu reddetmiştir²⁵⁹.

Öğretide ve uygulamada, suçun oluşumu için failde en az üç kişiyle ihtilât etme kastının bulunması gerektiği, ihtilât kastının bulunmaması hâlinde suçun oluşmayacağı yönünde görüş birliği bulunmaktadır. Fail, üç kişiyle ihtilât etmiş veya üç kişinin isnadı duyabileceği ve öğrenebileceği şekilde hareket etmişse failin fiili, gıyapta hakaret suçunu oluşturur. Eğer fail, sadece bir veya iki kişi ile ihtilât etmişse, failin bilgisi veya isteği dışında isnat, ihtilât edilen kişiler tarafından başkalarıyla paylaşılmışsa suç oluşmayacaktır. Suçun oluşması için failin fiili başkalarına aktarması için bir veya iki kişi ile ihtilât etmesi veya ihtilât ettiği kişileri isnadı başkalarına aktarması için görevlendirmesi gerekir. Fail, iki kişiyle ihtilât ederken, bilgisi dışında üçüncü bir kişi isnadı duymuş olsa yine suç oluşmayacaktır; çünkü burada da failde üçüncü kişiyle ihtilât etme kastı yoktur. Fail, ancak başkalarının isnadı öğreneceklerini bilerek hareket etmişse suç oluşur. Üç kişiden fazla sayıda kişinin bulunduğu bir ortamda, diğerlerinin de duyacağını bilerek, sadece bir kişiyle muhatap olunarak isnatta bulunulmuş olması hâlinde İhtilât unsuru gerçekleşmiş sayılır²⁶⁰. Eğer failde ihtilât etme olası kastı varsa,

²⁵⁹ İtiraz başvurusu, "...devlet kişilerin şerefini ve saygınlığını koşulsuz korumak zorunda olduğu için gıyapta gerçekleşen ve ihtilât unsuru oluşmayan bir eylemi cezasız bırakarak, şeref ve saygınlığı rencide eden bir kısım davranışları mağdurun rızası hilafına ve Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan yükümlülüğüne aykırı olarak suç kapsamından çıkaramaz. Mağdurun şeref ve saygınlığının örselenip örselenmediğini, failin muhataplarının sayısı ile ölçerek modern insan hakları anlayışının benimsediği birey odaklı uygulamadan uzaklaşmak suretiyle gıyapta yapılan bir kısım davranışları, cezasız bırakarak anayasal yükümlülüğünü ihlal edemez. Gerekçede belirtildiği üzere gıyapta yapılan hakaretlerin cezalandırılmamasını ceza politikasına dayandırmak, bu hükmün Anayasa'nın 5. Maddesinde tanzim edilen "yurttaşın, manevi varlığının gelişmesine yönelik şartları hazırlamak yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz..." gerekçesiyle yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, "...Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına alan yasa koyucunun, Anayasa kuralları ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç oluşturacağını belirleme yetkisi bulunduğu gibi suçluların cezalandırılmasına ilişkin koşulları da saptama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, kişilere karşı suçlara, özel hükümlerin başında yer vererek insanı ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği değeri, suç ve ceza politikasının temel hedefi kabul eden yasa koyucunun, izlenen suç ve ceza siyasetinin gereği olarak, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesinde "en az üç kişiyle ihtilât koşulunu araması, yasama yetkisi kapsamındadır." gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi 03/01/2008 Gün 2006/136 E. 2008/3 K. (31/01/2008 Gün 26773 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.)

²⁶⁰ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.101; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2253; Toroslu 2007, a.g.e., s.116; Özbek 2005, a.g.e., s.262; "Tanıklar, kişisel davacının yokluğunda, söylenen hakareti içerir sözleri sanıktan değil tanık N.D.'den duyduklarını belirtmeleri karşısında sanığın en az üç kişiyle iletişimde (ihtilât) bulunma ögesinin oluşmadığı gözetilmeden beraat yerine hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır." Yargıtay 4. CD 10/07/1997 Gün 5551/6287. (Çetin 2007, a.g.e., s.22; "TCK'nın hakaret ve sövme suçlarına ilişkin

ihtilat unsura gerçekleştirmiş kabul edilir. Örneğin, fail dedikodu yapmasını seven birine, bu durumu bilerek isnadı söylemiş ve isnat yayılarak üç kişi tarafından duyulmuşsa ihtilat unsuru gerçekleşmiş sayılır.

İsnat edilen fiil farklı zamanlarda ayrı kişilere söylenmişse, bu fiilin aynı veya aynı mahiyette olması gerekir²⁶¹. Eğer isnat edilen fiiller farklı ise suç oluşmayacaktır. Ancak burada somut bir fiil veya olguyla sövmeyi birbirinden ayırmak gerekir. Eğer isnat, somut bir fiil veya olguysa, fiil veya olgunun aynı veya esaslı unsurlarının aynı olması gerekir. Örneğin fail, mağdur hakkında, bir kişiye hırsız dedikten sonra, bir başkasına dolandırıcı dese fiil nitelik itibariyle aynı olduğundan hakaret suçu oluşacaktır²⁶². Ancak fail, bir kişiye hırsız dedikten sonra bir başkasına katil dese fiil nitelik itibariyle aynı olmadığından ihtilât unsuru oluşmayacak, dolayısıyla suç da oluşmayacaktır. Ancak sövme kanun tarafından saldırı olarak kabul edilmiştir. Sövmek suretiyle bir kişiye saldırıda bulunulması hâlinde, ihtilât unsurunun oluşması için sövmenin aynı mahiyette olmasının aranması, sövmenin niteliğine aykırılık oluşturur. Fail, değişik kişilere bir kişi hakkında; yalancı, şerefsiz, adi vs. gibi sövme filleri gerçekleştirdiğinde, ihtilât unsurunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Sövmenin aynı tahkir kelimeleri kullanılarak işlenmesi sövmenin mahiyetine aykırıdır. Sövmek suretiyle saldırı genellikle yukarıda verilen örneklerdeki gibi farklı birçok küfür sözcüğünün kullanılmasıyla işlenen fillerdir. Sövme olumsuz bir değer yargısı ifadesidir, saygı göstermemenin bir göstergesidir. Dolayısıyla değer yargıları, saygı göstermeme, farklı mahiyette ifadelerle gerçekleştirilebilir.

İhtilât edilen kişilerle gerçekleştirilen temaslar arasında az ya da çok zaman aralığının bulunmasının önemi yoktur. Suç son ihtilâtın gerçekleştiği anda oluşur²⁶³.

maddelerinde yazılı (yoklukta hakaret ve sövme) suçlarının iletişim (ihtilât) ögesinin oluşumu için sanığın suç sayılan sözleri ikiden çok kişiye söylemesi gerektiği, sözleri sanıktan duyanların başkalarına aktarmalarının bu öğrenin oluşumuna yetmeyeceği gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirir.” Yargıtay 4. CD 20/04/1998 Gün 2952/3786. (Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.229)

²⁶¹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e.,s.93

²⁶² Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e.,s.2254

²⁶³ Toroslu 2007, a.g.e.,s.116

Eğer fail üç kişiden fazla kimseyle ihtilât etmiş ise zaman aşımı süresi, şikâyet süresi gibi süreler son ihtilâtın yapıldığı tarihte başlar²⁶⁴.

Kanun ihtilâtın şeklinden bahsetmemiştir. İsnadı, üçüncü kişilerin bilgisine ulaştırmaya elverişli ve uygun herhangi bir araçla suçun işlenmesi mümkündür²⁶⁵.

İhtilâtın en basit şekli, üç kişinin huzurunda fiilin gerçekleşmesidir. Üç kişinin huzurunda fiilin, üç kişinin tümüne hitaben gerçekleştirilmesi gerekmez. Bir kişiyle muhatap olurken, aynı yerde bulunan diğer kişilerin fiili öğrenmeleri suçun oluşumu için yeterlidir.

İhtilâtın diğer şekli, sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle isnadın üçüncü kişilerle paylaşılmasıdır. Söz konusu iletilerin, aynı kişiyle birçok kez paylaşılması hâlinde ihtilât unsuru gerçekleşmiş sayılmaz. Üçüncü kişilerle paylaşılan somut bir fiil veya olgu içeren iletinin aynı mahiyette olması gerekir²⁶⁶. Bu konuda yukarıda yapılmış olan açıklamalar burada da geçerlidir. Yine ileti yoluyla yapılan isnatlarda da failin üç kişiyle ihtilât etme kastının bulunması gerekir. Fail bir kişiye göndermiş olduğu hakaret içeren iletinin başkalarıyla paylaşılacağını, yayılacağını biliyorsa ve istiyorsa veya yayılacağını öngörerek iletiyi gönderiyorsa yani doğrudan doğruya kast veya olası kast varsa ihtilât unsurunun oluştuğunun kabul etmek gerekir. Aksi takdirde ihtilât unsuru gerçekleşmiş sayılmaz.

Yargıtay ihtilât unsurunun mağdurdan başka ikiden fazla kişi tarafından duyulup, bilgi edinilebilecek şartlar içinde işlenmesi hâlinde oluşacağı, bu şartlar içinde işlenmeyen fiillerde ihtilât unsurunun bulunmadığını kabul etmektedir²⁶⁷.

Kanun koyucu ihtilât unsurunun oluşması için mağdurun dışında en az üç kişiyle ihtilât edilmesi gerekli görmüştür. Mağdur üç kişi sayısına dâhil değildir. Fail mağdurun öğreneceğine istememesine ve öngörmemesine rağmen fiil mağdur tarafından öğrenilmişse, üç kişi sayısına mağdur dâhil edilemez²⁶⁸.

²⁶⁴ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e.,s.2254

²⁶⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e.,s.93; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e.,s.57

²⁶⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e.,s.94

²⁶⁷ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e.,s.58

²⁶⁸ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.283

İhtilât edilen kişilerin yasal olarak sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kimseler olması hâlinde, bu kişilerin ihtilât unsuru için aranan sayıya dâhil olup olmayacağı hakkında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, yasal olarak sır saklaması gereken kişilerle ihtilât edilmesi hâlinde, bu kişilerin ihtilât sayısına dâhil olmayacağını ileri sürmektedir²⁶⁹. Bazı yazarlar ise, yasal olarak sır saklamak yükümlülüğü olsa da bu kişilerle yapılan ihtilâtın sayıya dâhil edilebileceğini iddia etmektedir²⁷⁰. Kanun koyucu fiilin yayılıp yayılmamasını dikkate almamış, fiilin paylaşıp paylaşılmamasını önemsemiştir. Sır saklama yükümlülüğü olan kişilere tahkir içeren sözlerin söylenmesi fiilin yayılmasını önler. Ancak bu durumda da fiil paylaşılmış sayılacağından, sır saklama yükümlülüğü bulunun kişilerle ihtilât edilmesi hâlinde de suç oluşur. Bunun yanında fail üçüncü kişilerin, sır olarak saklamaları şartıyla fiili öğrenmelerini sağlamış olsa da eğer üç kişiyle bu şartlarla ihtilât etmiş ise suç yine oluşacaktır²⁷¹.

İhtilât edilen kimselerin failin veya mağdurun yakını, akrabası veya ailesinden biri olmasının önemi yoktur. Herhangi bir kişiyle ihtilât edilmesi hâlinde suç oluşacaktır. Failin veya mağdurun, ihtilât da bulunulan kişileri tanıyıp tanımamasının da herhangi bir önemi yoktur²⁷².

İhtilât unsurunun gerçekleşmesi için, ihtilât edilen kişilerin isnadı anlayabilmeleri, isnadın, mağdurun küçük düşürüldüğünün, tahkir edildiğinin farkında olmaları, bu durumu algılayabilmeleri gerekir. Bu nedenle küçükler akıl hastaları ve bazı sebeplerle algılama yetenekleri mutlak surette bulunmayan kimseler ihtilât sayısına dâhil değildir²⁷³. Bu kapsamda sözler için sağır, hareketler için körler, kullanılan lisanı bilmeyenler ihtilâtın sayısına dâhil değildir. Kanun, gıyapta hakaret suçunun

²⁶⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e.,s.98; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e.,s.262

²⁷⁰ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e.,s.2253

²⁷¹ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e.,s.2253

²⁷² Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e.,s.284; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e.,s.229

²⁷³ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e.,s.284; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e.,s.58; Özbek 2005, a.g.e.,s.262

asgari sayıda kişinin huzurunda işlenmesi şartını değil, ihtilât edilmesi şartını yani asgari sayıda kişiyle iletişim kurma şartını aramıştır²⁷⁴.

cc. Huzura Eşit Sayılan Hâller (Fiilin İleti ile İşlenmesi)

TCK'nın 125. maddesinin 2. fıkrası, “fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir ileti ile işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.” şeklinde düzenleme yapmak suretiyle, bu yollarla suçun işlenmesini huzura eşit saymıştır²⁷⁵. TCK'nın 125. maddesinin gerekçesinde “...buna göre kişiyi muhatap alan mektup, telgraf, telefon vb. araçlarla yapılan hakaretler de huzurda hakaret olarak cezalandırılmalıdır²⁷⁶”. Burada açıklamak gerekir ki bu tür yollarla işlenen fiillerde ihtilât unsurunun aranmayacağının tespitinin gerekliliği sebebiyle bu benzetme yapılmaktadır. Ancak, kanunda belirtilen iletilerin 765 Sayılı TCK'da olduğu gibi huzura eşit araçlar olarak kabul edilemeyeceğini, TCK'nın fiilin ileti ile işlenmesini huzurda hakaretin bir unsuru olmaktan çıkardığını ileri süren yazarlar da vardır²⁷⁷. Bu yazarlar, bu yollarla işlenen suçların ayrı bir suç tipi olduğunu ileri sürmekte ve bu fıkrayı, ilk fıkradan ayrı olarak incelemektedirler²⁷⁸.

Esas itibarıyla iletişim araçlarıyla işlenen hakaret, huzurda ve gıyapta işlenen hakaret suçlarının yanına üçüncü bir hakaret türünün eklenmesi anlamına gelmemektedir. Aslında TCK'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında, hem huzurda hem de gıyapta hakaret suçunun iletişim araçlarıyla işlenebileceği ortaya konmuştur. Yani bu fıkrayla, 1. fıkra da tanımlanan suçların, işlenebilme yollarından bazıları gösterilmiştir. Bu sebeple, iletişim araçlarıyla yapılan ve mağduru muhatap alan hakaretler, huzurda hakaret sayılmalıdır. Çünkü mağduru muhatap almayan, iletişim araçlarıyla işlenen hakaret suçlarında, ihtilât unsurunun oluşması aranacaktır. Kanun gerekçesinde de buna vurgu yapılmıştır²⁷⁹.

²⁷⁴ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2254

²⁷⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.422; Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.5

²⁷⁶ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.245

²⁷⁷ Özbek 2005, a.g.e., s.260

²⁷⁸ Toroslu 2007, a.g.e., s.117

²⁷⁹ Şen 2006, a.g.e., s.543

765 Sayılı TCK'da huzura eşit sayılan hâlleri, “mektup“, “resim” ve “yazı” ile sınırlandırılmıştı. Mektup, resim ve yazı dışındaki iletişim araçlarıyla yapılan hakaretler, huzura eşit sayılmıyordu. Bu durum, uygulamada sıkıntılara sebep olmakta ve kıyas yoluyla huzura eşit sayılan hâlleri genişletme yoluna gidilebilmekteydi²⁸⁰. Ancak, TCK, sınırlı sayım yapmamış, genel olarak iletişim araçlarını tanımlamak suretiyle kapsamı genişletmiştir. Bu yolla, kıyas veya kıyasa benzer yollarla hükmün uygulama alanının genişletilmesi girişimleri ve ihtiyacı önlenmiş olmaktadır. Burada, “iletiden kastın” tüm iletişim araçları olduğu söylenebilir. Basın ise iletişim aracı kapsamına girmediğinden 2. fıkra da sayılan araçlar içine basını koymak mümkün değildir. Basında yazılan yazılar, mağdura hitaben yazılmış sayılmaz. Bütün okuyucu kitlesine hitap eder²⁸¹.

İletişim yoluyla işlenen suçlarda, fiilin huzurda hakaret sayılabilmesi için iletinin mağduru muhatap alması gerekli ve yeterlidir. 765 Sayılı TCK'nın 480/2. maddesinde hakaret içeren yazının mağdura gönderilmesi zorunluydu. Bu durum, öğretide eleştirilmekte ve “gönderilme” kelimesinin lâfzî anlamıyla anlaşılması gerektiği ileri sürülmekteydi²⁸². TCK, bu eleştirileri dikkate almış ve iletinin mağdura gönderilmesini gerekli görmemiş, mağdurun muhatap alınmasını, suçun huzura eşit sayılması için yeterli saymıştır. İletinin mağduru muhatap almış olması, yani mağdura hitaben gerçekleşmiş olması yeterlidir, mağdura gönderilmiş olması gerekmez. Bu durumda, mağduru muhatap alan ileti, mağdura gönderilmemiş ve fakat bir şekilde mağdurun eline geçmişse huzurda hakaret suçu oluşacaktır. Eğer ileti, mağdurun eline geçmemiş, ancak ihtilât unsuru oluşmuşsa bu kez gıyapta hakaret suçu oluşacaktır²⁸³.

²⁸⁰ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.230

²⁸¹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.288) Özbek 2005, a.g.e., s.261

²⁸² Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.119; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2267; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.289

²⁸³ Özbek 2005, a.g.e., s.261

Ancak, bu konuda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, iletinin hem mağduru muhatap alması gerektiğini hem de doğrudan doğruya mağdura gönderilmiş olması gerektiğini ileri sürmektedirler²⁸⁴.

Herhangi bir ileti vasıtasıyla (sms, e-mail, fax, telgraf, mektup, telefon vs.) mağduru muhatap alan yani mağdura hitaben yazılmış, doğrudan mağdura gönderilmiş veya mağdura ulaştırılacağı fail tarafından bilinen, örneğin; mağdurun bir yakınına gönderilmiş hakaret içeren iletilerin, mağdur tarafından öğrenilmesi hâlinde huzurda hakaret suçu oluşmuş sayılacaktır. Bu hâllerde suçun oluşumu için ihtilât unsuru aranmayacaktır.

Hakaret içeren ileti, mağdura hitaben mağdur muhatap alınarak yazılmamış ise bu durumda suç gıyapta işlenmiş sayılacaktır²⁸⁵. Bu hâlde, mağdurun cezalandırılması için ihtilât unsurunun gerçekleşmesi gerekir. Gıyapta hakarete, iletinin üçüncü bir kişiye gönderilmesi ve üçüncü kişinin bu iletiyi başkalarıyla paylaşması hâlinde, suçun oluşumu için failin, iletiyi gönderdiği kişinin, bunu başkalarıyla paylaşacağını bilmesi ve bu paylaşımı istemesi yani kastının bulunması gerekir²⁸⁶.

Yukarıda da belirtildiği gibi sözlü, yazılı ve görüntülü iletiyle her türlü iletişim araçlarından bahsedildiği açıktır. Her ne kadar iletinin mağduru muhatap alması yeterliyse de telefon, sesli bilgisayar iletişimi ile işlenen fiillerin doğrudan mağdura yönelik olması, yani failin mağdurla konuşuyor olması gerekir. Bir başkasıyla failin konuşması sırasında, mağdurun tesadüfen konuşmayı duyması hâlinde, huzurda hakaret

²⁸⁴ Bu görüş için bkz. Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.228-229; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.422

²⁸⁵ “Kocaya hitaben (muhatap alınarak) yazılıp gönderilen mektupta karısı yakınıcı yapılan yoklukta hakaretin ihtilât unsurunun mevcut bulunmaması sebebiyle sözü edilen hakaret suçu oluşmamıştır. Yargıtay 4. CD 01/11/1978 5384/5436. (Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2254)

²⁸⁶ “Sanığın, yakınıcının anneannesi P.D.’ye yazdığı mektupta, yakınıcıya hakaret etme eyleminin yakınıcı açısından yoklukta hakaret suçunu oluşturacağı, bu suçun oluşması için iletişim (ihtilât) ögesinin bulunması ve bu öğrenin de sanıktan kaynaklanması gerektiği, üçüncü kişiye yazılan mektubun ikiden çok kişiye okunmasının suçun oluşumunu etkilemeyeceği gözetilmeden, olayda uygulama yeri bulunamayan TCK’nın 480/2 madde ve fıkrasıyla hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır. Yargıtay 4. CD 27/01/1997 263/426” “Yakınan E’nin nişanlısına gönderilen ve fakat yakınına yazılmayan özel mektupla hakaret suçunda, sanığın iradesi dışında başkalarına duyurmanın iletişim (ihtilât) ögesini oluşturmayacağı gözetilmeden TCK’nın 480. Maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Yargıtay 4. CD 19/01/1993 7711/31”. (Çetin 2007, a.g.e, s.26)

suçu oluşmayacaktır²⁸⁷. Ancak, fail, konuşma sırasında mağdurun telefonun ya da bilgisayarın yakınında olduğunu ve konuşulanları duyduğunu bilerek ve mağduru muhatap alarak, mağdura hitaben fiili gerçekleştirmişse huzurda hakaret suçu oluşacaktır²⁸⁸.

E. Netice

Hakaret suçunda, suç konusunun zarar görmesi suçun oluşumu için gerekli görülmemiştir. Kanun onur şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte ve onur şeref ve saygınlığa saldıran diyerek, onur şeref ve saygınlığın zarar görüp görmemesini önemsememiş, sadece bu değerlerin tehlikeye sokulmuş olmasını suçun oluşumu için yeterli saymıştır. Dolayısıyla suçun oluşumu için failin gerçekleştirmek istediği neticenin gerçekleşmiş olması gerekli değildir. Bu sebeple hakaret suçu tehlike suçu olarak kabul edilmektedir²⁸⁹. Fiilin, objektif olarak tahkir içeriği taşıması hâlinde hakaret suçu oluşur.

Hakaret suçunun oluşması için isnat edilen fiilin mağdurun şeref, onur ve saygınlığına zarar verip vermediği aranmayacağı gibi, somut olarak böyle bir tehlikenin oluşup oluşmadığı da araştırılmaz. Kanun objektif olarak aşağılama içeren fiilin maddi konu üzerinde zarar tehlikesi oluşturduğunu var saymıştır. Hâkim fiilin objektif olarak onur, şeref ve saygınlığa zarar verici nitelikte olup olmadığını değerlendirmek suretiyle suçun oluşup oluşmadığına karar verecektir. Fiilin objektif olarak şeref ve saygınlığa zarar verici nitelikte olması suçun oluşması için yeterli olduğundan, hakaret suçu soyut tehlike suçudur²⁹⁰. Ancak bu konu öğretide tartışmalıdır. Hakaret suçunun somut tehlike suçu olduğunu ileri süren yazarlarda vardır²⁹¹.

²⁸⁷ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.290; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2268

²⁸⁸ Şen 2006, a.g.e., s.533

²⁸⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.414; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e.,s.212; Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.68; Farklı görüş için bkz. Özbek 2005, a.g.e., s.266 (Yazar hakaret suçunun somut tehlike suçu olduğunu kabul etmektedir.)

²⁹⁰ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e.,s.291

²⁹¹ Özbek 2005, a.g.e., s.266, Yazar suçun somut tehlike suçu olduğunu ve hakim fiilin tehlike yaratabilecek nitelikte olmasını araştırmak zorunda olduğunu ileri sürmektedir.

F. Hakaret Suçunun Nitelikli Hâlleri

a. Genel olarak

Hakaret suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hâller, TCK'nın 125. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir. 765 Sayılı TCK'da hakaret suçunda, düzenlenen suçun tahrif edilmiş vesikaya dayanarak işlenmesi ağırlaştırıcı nedenine TCK'da yer verilmemiştir. 765 Sayılı TCK'da 483, 266 ve 175/3²⁹² fıkrasında ayrı normlar hâlinde düzenlenmiş olan hususlar TCK'nın 125. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında ağırlaştırıcı sebepler olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında suçun alenen işlenmesi 765 Sayılı TCK'da da ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmişti. Bu nitelikli hâl, muhafaza edilmiştir. TCK kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı, kişiye inanç ve kanaatlerinden dolayı, kişinin dininde kutsal sayılan değerlerden dolayı hakaret edilmesini, hakaret suçunun alenen işlenmesini ağırlaştırıcı sebep olarak kabul etmiş ve kurul halinde çalışan kamu görevlilerine yapılan hakaretleri ayrıca düzenlemiştir.

b. Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı Hakaret

TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde, hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi hâlinde cezanın arttırılarak hükmolunacağı öngörülmüştür.

Bu hüküm, 765 Sayılı TCK'nın 266. maddesinde düzenlenen suçun karşılığı olarak kabul edilebilir. Ancak, 266. madde, çok önemli farklılıklar göstermektedir. TCK'nın 125. maddesi, 765 Sayılı TCK'nın 266. maddesinden farklı olarak “memur”

²⁹² 765 Sayılı TCK'nın 483. maddesi - (Değişik madde: 11/06/1936 - 3038/1 md.)

“Yukarıdaki maddede beyan olunan cürüm noter gibi usulü dairesinde hidematı ammeden biri ile muvazzaf bulunan şahıslardan birinin huzurunda ve ifa ettiği memuriyetten dolayı işlenmiş olursa fail hakkında altı aya kadar hapis cezası hükmolunur.

Adli veya siyasi veya mülki veya askeri bir heyet veya siyasi bir parti yahut amme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye tecavüz ve hakarete bulunanlar, fiillerinin mahiyetine göre 480 veya 482 nci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılırlar.” şeklindedir.

765 Sayılı TCK'nın 266. maddesinin 1. fıkrası - (Değişik madde: 28/09/1971 - 1490/7 md.)

“Bir kimse resmi sıfatı haiz olan bir memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref veya şöhretine veya vakar ve haysiyetine kavlen veya fiillen taarruz ve hakarete bulunursa, aşağıda gösterilen suretlerle cezalandırılır.” şeklindedir.

765 Sayılı TCK'nın 175. maddesinin 3. fıkrası - (Değişik madde: 20/05/1987 - 3369/1 md.)

“Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.” şeklindedir.

kavramı yerine “kamu görevlisi” kavramına yer vererek maddenin uygulama alanını genişletmiştir. Bunun yanında, memurun statüsüne göre cezanın arttırılması siyasetinden vaz geçerek bütün kamu görevlilerine yapılan hakaretler için aynı miktar ceza öngörülmüştür. Örneğin, başbakana hakaretin cezası, 266. maddede köy bekçisine yapılan hakaretin üç katıyken; TCK’da her ikisi için de aynı cezaya hükmedilecektir²⁹³. Ancak, bu durum hâkim tarafından cezanın bireyselleştirilmesi ve takdirinde dikkate alınmalıdır.

Kamu görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK’nın tanımlar başlığıyla düzenlenen 6. maddenin 1. fıkrasının c bendinde açıklanmıştır. Bu maddede kamu görevlisi, “kamusal faaliyetin yürütülmesine, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır.

TCK ile 765 Sayılı TCK’nın 279. maddesinde²⁹⁴ düzenlenen “kamu hizmeti – kamu görevi” ve “memur- kamu hizmetlisi” ayırımı ortadan kaldırılmıştır²⁹⁵. 765 Sayılı TCK’da kamu görevi yapanlar memur sayılıyor, kamu hizmeti yapanlar ise memur sayılmıyordu. Bu nedenle, yaptıkları iş kamu hizmeti sayılan KİT personeli ile kamuda görevli yardımcı hizmetler sınıfında olan personel (odacı, kapıcı, şoför, aşçı vb.), ceza kanunu uygulamasında memur olarak kabul edilmiyordu²⁹⁶.

765 Sayılı TCK döneminde Ceza Kanunu’ndaki memur kavramı ile idare hukukundaki memur kavramlarının farklı olduğu ileri sürülmekte ve bu durum uygulamada birçok karışıklığa sebep olmaktaydı²⁹⁷. TCK, kamu görevlisi kavramıyla;

²⁹³ Çetin 2007, a.g.e., s.27

²⁹⁴ 765 Sayılı TCK’nın 279. maddesi - (Değişik madde: 11/06/1936 - 3038/1 md.)

“Ceza Kanununun tatbikatında:

1 - Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

1 - Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.” şeklindedir.

²⁹⁵ Hatipoğlu ve Parlar 2007, a.g.e., s.981; Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**. Ankara: Adalet Bakanlığı, Ankara Açık Cezaevi İnfaz Kurumu Matbaası, 2006, s.99

²⁹⁶ Çetin 2007, a.g.e., s.27

²⁹⁷ Özgenç 2006, a.g.e., s.98

kamu hizmetiyle görevli memur kavramları ayırımına son vererek, bu alandaki tartışmaları da ortadan kaldırmıştır²⁹⁸.

TCK'nın 6. maddesi 1. fıkrası c bendinin gerekçesinde, "Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin, maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının; bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin, mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisi kişilerdir. Bu bakımda örneğin, bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de kamu görevlisidirler.

Buna karşılık kamusal bir faaliyetin yürütülmesi ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır." şeklinde açıklama yapılmıştır.

Gerekçeden de anlaşılacağı gibi, kamu otoritesi (Devlet) adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre katılan herkes, kamu görevlisi tabiri içine dâhildir. Anayasa'nın 128. maddesinde "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." hükmüyle kamu görevi bakımından, kişilerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetine vurgu yapmaktadır. Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinde de bir şekilde kamu otoritesine (Devlet) ait bir iktidar ve yetki kullanılmaktadır.

Kamu görevlisinin; göreve seçimle, tayin yoluyla gelmesinin; sürekli veya geçici olarak görevi üstlenmesinin; görevi sebebiyle para veya sair menfaat temin edip

²⁹⁸ Özbek 2005, a.g.e., s.269

etmemesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır²⁹⁹. Bu sebeplerle memur, bir kamu görevlisi çeşididir; ancak her kamu görevlisi memur değildir. Kamu görevlisi, memur kavramını da kapsayan daha geniş içeriğe sahip bir kavramdır³⁰⁰.

Aynı konuda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür hükmünü getirmiştir. Bu hükümden de kamusal faaliyetin sadece memurlar eliyle görülmediği; sözleşmeli personel, geçici personel ve işçilerin de kamusal faaliyetlerde bulunabilecekleri ve bu sebeple kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerektiği ortadadır.

Bu çerçevede 765 Sayılı TCK'nın 279. maddesinde memur sayılmayan KİT personeli, devlet hizmetinde sürekli çalıştıklarından ve devletten maaş aldıklarından, kamu görevlisi kapsamında sayılmalıdır. Yine kamu hizmetinde çalışan odacı, şoför, kaloriferci kamu görevlisidir. Aslında başbakan, kamu işçisine kadar herkes kamu görevlisidir. Bu kavramın içine; gönüllü ve zorla hizmete alınanlar, ücretsiz veya ücret karşılığı çalışanlar, kadrolu veya kadrosuz çalışanlar, hâkim ve savcılar, silahlı kuvvetler personeli, sözleşmeli personel, avukat, noter, adli faaliyetler kapsamında bilirkişi, tercüman ve tanıklar, seçimler esnasında görevli sandık kurulları, başkan ve üyeleri vb. girer³⁰¹.

Kamu görevlisi, görevi gereğince yerine getirdiği bütün faaliyetler dolayısıyla bu sıfatını muhafaza edecektir. Görevi gereğince yürüttüğü faaliyetlerde bir ayırım yapılmamalıdır³⁰².

Kamu görevlisine hakaret suçunun oluşabilmesi için mağdurun kamu görevlisi olması yeterli değildir. Kamu görevlisinin, görevinden dolayı tahkir edilmesi gerekir. Kamu görevlisinin yerine getirdiği görevle tahkir içeren fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır³⁰³. Bir başka anlatımla faili, hareke geçiren dürtünün kaynağının, kamu görevlisinin görevi ile ilgili bulunması gerekir. Eğer, failin hareketinin sebebi görev

²⁹⁹ Özgenç 2006, a.g.e., s.99

³⁰⁰ Erol, Haydar. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**. Cilt 1. Ankara: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2007. s.163; Özgenç 2006, a.g.e., s.99; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.242

³⁰¹ Hatipoğlu ve Parlar 2007, a.g.e., s.982; Erol 2007, a.g.e., s.163; Çetin 2007, a.g.e., s.28

³⁰² Özgenç 2006, a.g.e., s.100

³⁰³ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.432

olmayıp kişisel sebepten veya başka bir neden ise hakaret kişiye karşı yapılmış sayılır. Kamu görevlisine karşı hakaret suçu oluşmaz³⁰⁴.

Örneğin, bir avukata, açtığı davanın davalısı, açılan davanın yersiz veya haksız olduğunu düşünerek hakaret ettiğinde kamu görevlisine hakaret suçu işlemiş olur. Ancak, aynı fail, avukattan şahsi alacağını alamadığından dolayı hakaret ederse kamu görevlisine hakaret suçu oluşmayacak, hakaret suçunun TCK'nın 125. maddesi 1. fıkrasındaki temel şekli oluşacaktır. İlk örnekte, hakaretle mağdur avukatın görevi arasında nedensellik bağı vardır. Fail, fiilini, avukatın görevi olan dava açması sebebiyle gerçekleştirmiştir. Oysa ikinci örnekte, failin fiili ile mağdurun avukatının görevi arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Fail, fiilini kişisel ilişki nedeniyle gerçekleştirmiştir.

765 Sayılı TCK'nın 266. maddesinde düzenlenen memura hakaret suçunun oluşabilmesi için suçun, memurun huzurunda işlenmesi gerekiyordu. Eğer suç, memurun gıyabında işlenmişse 765 Sayılı TCK'nın genel hakaret suçunu düzenleyen 480 ve 482. maddesi uygulanmakta, verilen ceza, 273. madde gereğince arttırılmaktaydı. TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde sadece suçun, mağdurun görevinden dolayı işlenmiş olması arandığından, suçun kamu görevlisinin huzurunda veya gıyabında işlenmesinin herhangi bir önemi kalmamıştır, kamu görevlisine karşı huzurda veya gıyapta hakaret suçu işlenebilir. Yine hakaret suçunun, kamu görevlisinin görevi sırasında veya görevde bulunmadığı bir sırada işlenmesinin de herhangi bir önemi yoktur. Kamu görevlisinin görevde bulunmadığı bir sırada kendisine karşı işlenen, görevle ilgili tahkir içeren fiiller için de hakaret suçunun nitelikli hâli oluşacaktır³⁰⁵.

Bunların yanında, kamu görevlisine hakaret suçunun oluşması için mağdurun, kamu görevini sürdürüyor olmasının da herhangi bir önemi yoktur. Mağdur, herhangi bir sebeple (emeklilik, istifa, atılma) kamu görevinden ayrılmış olsa bile eğer fail,

³⁰⁴ Soyaslan 2005, a.g.e., s.264

³⁰⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.432

mağdurun geçmişte yapmış olduğu kamu görevinden dolayı fiili gerçekleştirmiş ise yine hakaret suçunun nitelikli hâli oluşacaktır³⁰⁶.

Kamu görevlisine hakaret suçu, yine kamu görevlisinin huzurunda veya gıyabında herhangi bir iletiyle de işlenebilir.

c. Kişiyi İnanç, Düşünce ve Kanaatlerinden Dolayı Hakaret

TCK'nın 125. maddesi 3. fıkrası b bendinde kişilerin düşünce ve inançlarından dolayı, kişilere hakaret edilmesi hâlinde cezanın ağırlaştırılacağı öngörülmüştür. Bu maddeye göre, “Dini, siyasi, sosyal, felsefî, inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı” hakaret suçunun işlenmesi hâlinde ceza arttırılarak hükmolunacaktır.

Maddenin bu fıkrasının, 765 Sayılı TCK'nın 175. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen suçun kısmen karşılığı olarak düzenlenmiş olduğu izlenimi vermesine karşın, maddenin kapsamının düşünce özgürlüğü lehine genişletildiği görülmekte³⁰⁷; hatta maddenin din özgürlüğünü, düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirerek genel manasıyla kişilerin düşünce, kanaat ve ifade özgürlüğünü güvence altına aldığı anlaşılmaktadır.

765 Sayılı TCK'nın 175. maddesi, “Din hürriyeti aleyhine işlenen suçlar” başlığıyla düzenlenmiş olmasına karşın, bu maddenin üçüncü fıkrasında, bir kimsenin, dini inançlarından dolayı aşağılanmasını da bu kapsamda değerlendirerek cezalandırılmasını öngörmüştü. Söz konusu fıkra birinci cümlesinde, Allah’a, dine, peygamberlerine, kutsal kitaplarına, mezheplerine hakaret edilmesini cezalandırmış, ikinci cümlesinde ise dini düşüncelerinden dolayı kişilere hakareti cezalandırmıştır.³⁰⁸

³⁰⁶ Çetin 2007, a.g.e., s.28

³⁰⁷ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.242; Özbek 2005, a.g.e., s.270

³⁰⁸ Yaşar, Osman. **Asliye Ceza Davaları**. Ankara: Adil Yayınevi, 1994 s.105. (Olay günü sanığın, “Tanrıya, kitaba ve dine sövdüğü halde TCK'nın 175/3 maddesindeki özel kastın yasa değişikliğiyle kaldırıldığı gözetilmeden ve ne suretle kişilere sövdüğü açıklanıp tartışılmadan anılan madde yerine aynı yasanın 482. Maddesiyle hüküm kurulması Yargıtay 4. CD 21/10/1991 Gün 4460/6156); (Sanığın kavgada sarf ettiği sözlerin Allah’a ve dine değil kişilere yönelik bulunduğu gözetilmeden TCK'nın 175/3 maddesiyle hüküm kurulması Yargıtay 4. CD 20/02/1991 Gün 154/1139, Karşı oy: TC Yasası'nın 175/3 madde ve fıkrasındaki suç, genel kastla işlenen bir cürümdür. Ayrıca, “dini aşağılama” saiki aranmamaktadır. Bu nedenle, yerel mahkemenin eylemi nitelendirmesinde bir

TCK'nın 175. maddesi, genel olarak “din ve mezhepleri” korumak için düzenlenmiş bir hükümdür. Ancak, din ve mezheplerin “suçun hukuki konusu” olamayacağı; devletin, dini savunması görevinin bulunmadığı ileri sürülerek bu madde eleştirilmiş, yine bu sebeple söz konusu maddenin, din ve mezhepleri korumadığı, kişilerin dini hislerini korumaya yönelik olarak düzenlendiği yorumları yapılmıştır³⁰⁹. Kanun koyucunun bu tür eleştirileri dikkate alarak hareket ettiği ve bu tür fiilleri kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlediği söylenebilir.

TCK sistematğine bakıldığında, kanunun, dinî veya dine ait kurumları, kişiden ayrı bizatihi korunmaya değer olarak kabul etmediği, bu tür değerleri doğrudan kişilerle irtibatlandırdığı ortaya çıkmaktadır. TCK'nın 115. maddesinde düzenlenen “inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme” TCK'nın 125. maddesi 3. fıkrası b ve c bentleri ve TCK'nın 153. maddesindeki “ibadethanelere ve mezarlıklara zarar” verme suçları birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun bireyi esas alan düzenlemeler yaptığı bireysel din ve vicdan hürriyetlerini ve mal varlığı itibarıyla dini değerleri korumanın amaçlandığı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu; bir dini, inancı veya buna benzer bir değeri bizatihi korumamış ve kutsal değerlere hakareti başlı başına bir suç saymamıştır. Bu değerleri kişilerle irtibatlandırarak, bu tür hâlleri hakaret suçunun nitelikli hâli olarak düzenlemek suretiyle, Anayasa'nın laiklik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen 765 Sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeden vazgeçmiştir³¹⁰. Bu sebeple fail tarafından herhangi bir kişi hedef alınmaksızın dince kutsal sayılan değerlere hakaret hâlinde, suç oluşmayacak ve o dine inanan herhangi biri kendine hakaret edildiğini ileri süremeyecektir³¹¹.

Ancak, böyle bir durumda TCK'nın 216. maddesinde düzenlenen “halkı, kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama” başlığıyla düzenlenen suçun şartlarının oluşması hâlinde fail, bu suçtan cezalandırılabilir.

yanılığı bulunmadığından birinci bozma nedenine katılmamaktayım- Sami Selçuk, Başkan (Yaşar 1994, a.g.e., s.106))

³⁰⁹ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.1161; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.433

³¹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.432; Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.2. (Yazar; Dinin kişinin bir niteliği olarak görülmemesi gerektiğini bu sebeple TCK'nın 125. maddesi 3. fıkrası c bendi düzenlemesinin ve dinle ilgili diğer düzenlemelerin laikliğe aykırı olduğunu; dolayısıyla 1982 Anayasa'sına ve İHAS'e de aykırılık oluşturduğunu iddia etmektedir)

³¹¹ Şen 2006, a.g.e., s.544

Dinin toplum hayatına egemen olduğu dönemlerde, dine hakaret en ağır biçimde cezalandırılmakta idi. Ancak, devlet hayatının laikleşmesi ile birlikte bu suç birçok devlette kaldırılmış, kimilerinde ise kamu düzeni endişesiyle korunmuştur. Avrupa ülkelerinin bir çoğunda dine karşı hakaret sebebiyle kovuşturmalara, geçmişteki dini takibatların kalıntısı gözüyle bakılmaktadır. AİHM ise, dine karşı yapılan hakaretleri cezalandırma zorunluluğu getirmemiştir. İngiltere’de sadece Hristiyanlık dinine karşı yapılan hakaretleri cezalandırma hükmü olması ve diğer dinlerin korunmaması sebebiyle yapılan başvuru üzerine, AİHM tarafından verilen kararda sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edilmediği; yine, ayrımcılık yasağını içeren 14. maddesine aykırılık olmadığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla herhangi bir dini inancı, hakarete karşı koruma yükümlülüğü bulunmayan devletin belli bir dine “doğal olarak ülkedeki hâkim durumdaki din”e yönelik hakaretleri cezalandırmada serbest olduğunu AİHM kabul etmektedir. AİHM içtihadına göre, din özgürlüğü belli bir dine veya mezhebe eleştirilerden korunmak hususunda özel bir hak vermez. Ancak dine yapılan tacizler, din özgürlüğünü tehlikeye sokacak seviyeye geldiğinde cezalandırılabilir. Bunun yanında dine yapılan taciz, inananlarda infial uyandıracak düzeye ulaşmalıdır. AİHM içtihatlarında; genel olarak tıpkı ırkçı söylem yasağı gibi dine hakareti de “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” meşru amacı kapsamında değerlendirmektedir. Sonuç olarak, mahkeme dine yapılan hakaretlerin sözleşme tarafından korunmadığını; kişileri infiale sevk eden dine hakaretlerin cezalandırılması hususunda sözleşmecî devletler arasında birlik olmadığını ve devletlerin bu hususta takdir haklarının bulunduğunu ifade etmektedir³¹². Bu nedenlerle TCK’nın 125. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme, AİHM içtihatlarına uygun bir düzenleme olarak görülmektedir.

Kişilerin din, inanç, düşünce, kanaat ve ifade özgürlüklerinin önemine binaen kanun koyucu, bu değerlere yönelik olarak kişilerin aşağılanmasını ağırlaştırıcı sebep kabul etmiştir. Düşünce, din ve vicdan ve ifade özgürlükleri İHEB, AİHS ‘de ve Anayasamızda güvence altına alınmıştır.

³¹² Öktem, Emre, ve Melike Batur Yamaner. «**Karikatür Krizi ve AİHM Önünde Dine Hakaret Olgusu.**» Güncel Hukuk Dergisi, S., 3 (Mart 2006): s.35

İHEB 9. maddesinde düşünce özgürlüğü ilkesini “Bu hak, fikirlerden ötürü rahatsız edilmemek; ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikirleri her araçla aramak, elde etmek ve yaymak” hakkını gerektirir açıklaması ile güvence altına almıştır³¹³.

AİHS’in 9. maddesinde “Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü”; 10. maddesinde ise “Düşünceyi açıklama özgürlüğü” düzenlenmiştir. AİHS 9/1’de “herkesin düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğu ve bu hakkın mutlak olduğu, sözleşmecî devletler tarafından sınırlanamayacağını belirtmiştir. Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile ifade edilen “değer”, her türlü bireysel fikir ve tercihler olmayıp, belli bir düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip görüşlerdir. Bunlar; dini ve felsefi, ideolojik inançlar, bir bütün olarak kişinin her türlü kanaat, inanç, görüş, felsefi öğreti vb. gibi fikir ve düşünce dünyasında yer alan “kanı”dır. Bu anlamda 9. madde kişinin iç âlemini korumakta, bunun dokunulmazlığını güvence altına almaktadır³¹⁴.

Din ve inanç özgürlüğü, bireyin istediği din ve inancı benimseme, dini inanca sahip olmama ve dinlere karşı ilgisiz olmayı kapsar. Bu kural, din ve inancı değiştirmek ve açığa vurmak, dini ibadetleri yerine getirme ve getirmeme özgürlüklerini de içerir³¹⁵.

AİHS 10. maddesinde ise düşünceyi açıklama ve haber alma özgürlüğü düzenlenmiştir. Bu madde, 9. maddeden daha geniş kapsamlıdır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, her türlü fikir, görüş, kanaat ve kişisel kanı, değer yargılarını kapsar ve bunların açıklanmasını güvence altına alır.³¹⁶ AİHM, bu özgürlüğü demokratik devletin temeli, toplumun ilerlemesi, bireyin gelişimi için temel koşullardan biri saymaktadır. AİHM, demokratik toplumun temeli olan “çoğulculuk” ilkesinin bu maddeyle gerçekleştirebileceğini ifade etmekte ve bu maddeyi demokratik toplumu gerçekleştirme

³¹³ Kaboğlu, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku**. Ankara-İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları, 2002. s.336

³¹⁴ Gözübüyük, A. Şeref, ve A. Feyyaz Gölçüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003. s.346

³¹⁵ Kaboğlu 2002, a.g.e., s.367; Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, ve Oğuz Sancakdar. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**. Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2004. s.247

³¹⁶ Gözübüyük ve Gölçüklü 2003, a.g.e. s.,356

aracı olarak görmektedir. Dolayısıyla, ifade özgürlüğünün güvence altına alınması vazgeçilmez bir özgürlüktür³¹⁷.

1982 Anayasası'nda düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü 25 ve 26. maddelerde düzenlenmiştir³¹⁸. Bu hükümlere göre hiç kimse, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

Tüm bu kurallar, Devlete söz konusu değerleri koruma, güvence altına alma yükümlülüğü yükler. Bu çerçevede, devlet her türlü dini, felsefî vb. inanç ve düşünceye eşit mesafede olmalıdır. Devlet, herhangi bir din ve felsefî bir fikre, ideolojiye bağlı olursa tarafsız olmadığından söz konusu yükümlülükleri yerine getiremez. Dolayısıyla demokratik bir devletin kendine ait bir dünya görüşü olamaz, ideolojiler arasında bir tercih yapamaz, yapmamalıdır. İşte TCK, devletin bu tarafsızlığı çerçevesinde, yükümlülüğü altında bulunan, söz konusu evrensel değerleri korumak, insanların kişiliklerinin korunmasını, kişiliğin gelişimini sağlamak için düşünce, din, inanç ve ifade özgürlüğüne karşı kişiye yapılan aşağılamaları daha ağır cezayla cezalandırma gereği duymuştur.

Yukarıda çerçevesi belirlenen din, inanç, düşünce ve kanaatlerin açıklanması, değiştirilmesi ve yaymaya çalışılması sebebiyle bir kimsenin tahkir edilmesi hâlinde fail, daha ağır cezayla cezalandırılacaktır. Bunun yanında bir kimsenin mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı tahkir edilmesi hâlinde de faile

³¹⁷ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 2004, a.g.e., s.253

³¹⁸ 1982 Anayasası'nın 25. maddesi - Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

“Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” şeklindedir.

1982 Anayasası'nın 26. maddesi – “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yada vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindedir.

daha ağır ceza verilecektir³¹⁹. Ancak, burada, AİHS tarafından güvence altına alınan, bir kimse tarafından dinin emir ve yasaklarının yerine getirilmemesi sebebiyle tahkir edilmesi madde kapsamı dışında tutulmuştur. Bu durum, eleştirilmektedir³²⁰.

Burada din kavramının ne anlama geldiği hususuna da değinmek gerekir. Dinler, inanç sistemleri olarak değerlendirilir, dogmalardan oluşur ve genellikle kuralları tartışılmaz olarak kabul edilir. Din kavramından, sadece, Hristiyanlık, Müslümanlık, Yahudilik gibi semavi dinlerin veya büyük, taraftarı çok olan dinlerin anlaşılması gerekir. Her din, maddede belirtilen “din” kavramı kapsamında değerlendirilir. Ancak, dinin belirlenebilir olması gerekir³²¹. Yani herhangi bir kişi; hiç kimse tarafından bilinmeyen, mensubu olmayan bir görüşü “bu benim dinimdir” diyerek koruma kapsamı içinde değerlendirilmesini isteyemez. Dinin en azından, mağdurun bulunduğu çevrede bir karşılığının bulunması böyle bir dinin var olduğu ve bu dine mensup kişilerin bulunduğu bilinmeli ve bu durum belirlenebilmelidir.

d. Kişinin Dininde Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle Hakaret

TCK’nın 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendi, bir kimsenin mensup bulunduğu dine göre kutsal değerlerden bahisle hakarete bulunulmasını cezayı arttırıcı neden saymıştır.

765 Sayılı TCK’nın 175. maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasında Yargıtay, çeşitli kararlarında, dinî değerlerden bahisle işlenen hakaret suçlarının kişiye yönelik olması hâlinde bu maddenin uygulanamayacağına ve maddedeki suçun oluşumu için dinî değerlere tahkir kastının yani özel kastın (saik) aranması gerektiğine karar vermektedir³²². Bunun yanında, 765 Sayılı TCK’nın 175. maddesinde bizatihi dinî

³¹⁹ Mesela, kişinin oruç tutması veya kiliseye gitmesi sebebiyle aşağılanması gibi örnekler verilebilir. (Soyaslan 2005, a.g.e., s.265)

³²⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.433; Arısoy, Mine. «**Hakaret**» Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 72 (Eylül-Ekim 2007): s.182

³²¹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 2004, a.g.e., s.247

³²² Sanığın kavgada sarf ettiği sözlerin Allah’a ve dine değil kişilere yönelik bulunduğu gözetilmeden TCK’nın 175/3 maddesiyle hüküm kurulması Yargıtay 4. CD 20/02/1991 Gün 154/1139, Karşı oy: TC Yasası’nın 175/3 madde ve fıkrasındaki suç, genel kastla işlenen bir cürümdür. Ayrıca, “dini aşağılama” saiki aranmamaktadır. Bu nedenle, yerel mahkemenin eylemi nitelendirmesinde bir yanılğı bulunmadığından birinci bozma nedenine katılmamaktayım- Sami Selçuk, Başkan (Yaşar 1994, a.g.e., s.106); Oluş ve kabule göre sanığın yakınına “ulan senin cumanı da Cuma vaktini de abdestini de S.K. ederim” biçiminde sövme eyleminde İslam dininin belli ilke ve esaslarını amaçlayan özel kastının ne suretle oluştuğunu gösteren kanıtlar açıklanıp tartışılmadan TCK’nın 482/3 maddesi

değerler korunmakta ve bunlara yapılan hakaretler cezalandırılmakta idi. TCK ise daha önce de belirtildiği gibi bizatihi kutsal değerlere hakareti suç saymamış, bu değerlerden bahisle kişiye hakaret edilmesini nitelikli hâl olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla, kişiye yönelik olarak ve kişinin dince kutsal değerlerinden söz edilerek suçun işlenmesi hâlinde TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendindeki nitelikli hâl gerçekleşecektir.

Kanun koyucu burada, daha önce ayrıntılı olarak açıklanan ve Anayasa'nın 24. maddesinde³²³ güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde kişilerce dinen kutsal sayılan değerlerin korunmasına önem vermiş ve bu tür durumlarda suçun işlenmesini nitelikli hâl saymıştır³²⁴. Dince kutsal sayılan değerler, bir dinin tanrısı, peygamberi, kutsal kitabı, kutsal kişileri ve benzerleridir. Bu değerlerden herhangi bir şekilde bahsedilerek kişiye hakaret edilmesi hâlinde suç oluşacaktır³²⁵. Örneğin, “ulan senin cumanı da Cuma vaktini de abdestini de S.K. ederim.” Şeklinde bir kişiye hakaret edilmesi hâlinde, TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde düzenlenen hakaret suçunun nitelikli hâli oluşacaktır.

e. Aleniyet

TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrası, hakaret suçunun alenen işlenmesi hâlinde verilecek cezanın altıda bir oranında arttırılacağını öngörmüştür. Söz konusu fıkra, TCK'nın ilk hâlinde aleniyetin yanında suçun basın yoluyla işlenmesi hâlinde cezanın üçte bir oranında arttırılacağına da amirdi. Ancak, bu hükmün basın özgürlüğünü kısıtlayacağı yönündeki eleştiriler üzerine 29/06/2005 tarih ve 5377 Sayılı Kanunla

yerine yazılı maddeyle hüküm kurulması Yargıtay 4. CD 18/05/1994 1129/4592 (Yaşar 1994, a.g.e., s.106)

³²³ Anayasa'nın 24. maddesi – “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.” şeklindedir.

³²⁴ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.243

³²⁵ Çetin 2007, a.g.e., s.30

maddenin 4. fıkrası değiştirilmiş suçun basın yayın yoluyla işlenmesi hâli ayrıca ağırlaştırıcı neden olmaktan çıkarılmıştır. Bu durumda, basın yayın yoluyla hakaret aleniyet kapsamında değerlendirilecek ve ceza altıda bir oranında arttırılacaktır³²⁶. 5377 Sayılı Kanun'un gerekçesinde, “suçun basın yayın yoluyla işlenmesi hâli de aleniyetin gerçekleşme şekillerinden birini oluşturmaktadır. Hakaret suçuyla ilgili olarak aleniyet, bir nitelikli unsur olarak belirlendiği için söz konusu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi bu suç açısından ayrı bir nitelikli unsur olarak görülmemiştir.” denilmiştir. Dolayısıyla suçun, basın yayın yoluyla işlenmesi hâlinde aleniyetin varsayılacağı ve nitelikli hâlin uygulanacağı gerekçeyle açıklanmıştır³²⁷.

765 Sayılı TCK'da aleniyet, yalnızca huzurda işlenen hakaret ve sövme bakımından ağırlaştırıcı neden sayılmakta idi. TCK'da ise hakaret suçu ister huzurda ister ihtilâtlı şekilde işlenmiş olsun her iki hâlde de suçun nitelikli unsuru sayılmaktadır. Bu sebeple, sadece üç kişinin bulunduğu ancak aleni olduğu kabul edilen bir ortamda işlenen hakaret suçunda, hem gıyapta hakaret suçu gerçekleşmiş olacak hem de suç alenen işlendiğinden dolayı aleniyet nitelikli hâli oluşacaktır.

Aleniyet, açıklık anlamına gelir³²⁸. Aleniyet, bir şeyin zahir, meydanda olması gizli olmayıp göz önünde bulunması; her şeyin zahir hâli, dış görünüşü anlamına da gelmektedir³²⁹.

Kanun koyucu, suçun alenen işlenmesi hâlinde, suçu birçok kişinin öğrenebileceğini, bu hâlde hakaretin az sayıda kişi tarafından öğrenilmesine oranla mağdurun daha fazla rencide olacağını, mağdurun onur, şeref ve saygınlığının daha ağır zarara uğrayacağını kabul ederek aleniyeti, hakaret suçunun nitelikli unsuru kabul etmiştir³³⁰.

³²⁶ Çetin 2007, a.g.e., s.31

³²⁷ Soyaslan 2005, a.g.e., s.266. (Yazar, suçun basın yayın yoluyla işlenmesinin aleniyetin kapsamı içine girdiğini ancak aleniyetin mahiyetiyle çelişse de fiilin basın yayın yoluyla işlenmesi hâlinde suçun nitelikli hâlinin uygulanamayacağını ileri sürmektedir.)

³²⁸ Türk Dil Kurumu;
<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA> (15.01.2008)

³²⁹ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.74

³³⁰ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.224; Soyaslan 2005, a.g.e., s.265

TCK'nın birçok normunda nitelikli unsur olarak kabul edilen aleniyetin, ne anlama geldiği hakkında, öğreti ve uygulamada birçok farklı ölçü ileri sürülmüştür. Niteliği konusunda tartışma olmasına rağmen TCK aleniyetin tanımını yapmamıştır.⁷⁶⁵ Sayılı TCK'nın 153. maddesinin 4. fıkrasında, TCK'nın aksine aleniyetin tanımı yapılmıştı. Bu tanımda, “1 - Matbuat vasıtası ile veya her hangi bir propaganda vasıtası ile; 2 - Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; 3 - Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibari ile hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır.” açıklamasıyla aleniyetin ölçüleri belirlenmişti.

Söz konusu hükmün yalnız 153. maddeyi mi ilgilendirdiği yoksa Ceza Kanunu'nda düzenlenen bütün suçlarda mı uygulanması gerektiği hususunda öğretide tartışmalar olmuştur. Birçok yazar, bu tanımın Ceza Kanunu'ndaki tüm suçlarda uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Söz konusu maddenin İtalyan Ceza Kanunu'nda karşılığı olan, İtalyan Ceza Kanunu'nun 266. maddesinin İtalyan Kanunu bakımından aleniyetin zikredildiği bütün maddeler için geçerli olduğu kabul edilmektedir³³¹. Ancak, Yargıtay, söz konusu tanımın 765 Sayılı TCK'nın 153. maddesindeki suç için yapılmış olduğunu açıklayarak diğer maddelerdeki aleniyetin genel prensiplere göre belirlenmesi gerekeceğine karar vermişti³³².

Yargıtay'ın 765 Sayılı TCK'nın 153. maddesindeki aleniyet tanımının bütün suçları kapsamadığı yönündeki görüşü, aleniyetin kapsamını genişletme eğilimi taşıdığı; bu sebeple, bu durumun, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir³³³. TCK'nın aleniyetin tanımını yapmamış olması aynı eleştirileri gündeme getirebilir. TCK'da birçok kez kullanılan aleniyet kavramının diğer bazı kavramlar gibi (TCK madde 6) tanımının yapılması bu tür eleştirilerin önlenmesi ve uygulamada sorun çıkmaması bakımından yararlı olabilirdi³³⁴. Mukayeseli hukukta,

³³¹ Gökçen 2001 a.g.e., s.165

³³² Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.248. bkz. Yargıtay 1. CD 25/09/1945 2547/2056

³³³ Gökçen 2001, a.g.e., s.165

³³⁴ Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, ve A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 7. Bası, 2006, s.453

bazı kanunların aleniyetin tanımını yaptıkları bazılarının ise aleniyetin tespitini öğreti ve uygulamaya bıraktıkları görülmektedir³³⁵.

Aleniyet, öğretilerde farklı ölçütler kullanarak açıklanmaya çalışılmıştır. Sahir Erman aleniyeti; kalabalık sayıda kimselerin fiili öğrenebilecekleri herhangi bir vasıta ile suçun işlenmesidir; aleniyetin varlığı için kalabalık sayıda kimselerin fiili öğrenebilmelerinin, algılayabilmelerinin olanak dâhilinde olması yeterlidir şeklinde açıklamıştır³³⁶.

Sulhi Dönmezer aleniyeti; hakaret kendisine saldırılan kimseyle birlikte en az üç kişinin huzurunda işlendiğinde aleniyetin varlığını kabul etmek gerekir; zira bu hâlde fiilin kamuya yayılması gerçekleşmiş sayılmalıdır. Bunun dışında fiilin, genel veya kamuya açık yerlerde işlenmesi hâlinde aleniyet varsayılmalıdır şeklinde açıklamıştır³³⁷.

Faruk Erem aleniyeti; suç çok sayıda kişinin anlamasını sağlayabilecek koşullar altında işlenmişse aleniyet var sayılabilir. Aleniyetin varlığı için kalabalık sayıda kimselerin hakareti öğrenmiş olmalarının imkân derecesinde bulunması yeterlidir şeklinde açıklamıştır³³⁸.

Veli Özer Özbek, aleniyetin varlığı için kalabalık sayıda kimselerin hakareti öğrenmelerinin imkân dâhilinde olması gerekir ve yeterlidir demektedir³³⁹.

Artuk, Gökçen, Yenidünya, hakaretin gerçekleştirildiği yerin aleniyetin kabulü bakımından önemi olmadığını, özel bir yerin aleniyetin gerçekleşmesi bakımında müsait olabileceğini önemli olanın fiilin birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunması olduğunu ileri sürmektedir³⁴⁰.

Ersan Şen, aleniyet kavramı hakaret suçunun işleniş şekline, yerine ve birçok kişi tarafından öğrenilebilir bulunmasına ilişkindir şeklinde açıklama yapmıştır³⁴¹.

³³⁵ Gökçen 2001, a.g.e., s.143

³³⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.170; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.326

³³⁷ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.247-248

³³⁸ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2265-2266

³³⁹ Özbek 2005, a.g.e., s.270

³⁴⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2006, a.g.e., s.453

³⁴¹ Şen 2006, a.g.e., s.545

Öncelikle aleniyet kavramının umumi, genel, umuma mahsus kavramlarından daha geniş anlamı olduğunu belirtmek gerekir. Yalnız, umumi, umuma mahsus veya umumun girebileceği yerleri değil aynı zamanda saldırının umumi olmayan ya da umuma açık olmayan bir yerde başkaları tarafından duyulabilecek ve görülebilecek şekilde yapılmış olması hâlini de kapsamaktadır. Ancak suç, umumi ya da umuma açık yerlerde işlenmişse aleniyet, öncelikle gerçekleşmiş olur³⁴².

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bazı kararlarında özetle aleniyeti, “suçun herkesin görebileceği bir yerde işlenmesi anlamındadır; suçun göz önünde işlenmesi demek değildir; görülebilmesi ihtimalinin bulunması yeterlidir.” şeklinde tarif etmiştir³⁴³. Yargıtay, fiilin umumi yerde işlenmesi hâlinde fiilin duyulup duyulmamasının öneminin olmadığını, duyulma ihtimalinin yeterli olduğunu kabul etmektedir³⁴⁴.

Aleniyet için temel ölçüt, fiilin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanma olanağının bulunmasıdır. Hakaret belirsiz sayıda kişiler tarafından işitilebilecek, görülebilecek ve algılanabilecek bir ortamda veya çok sayıda kişiler tarafından öğrenilmesini sağlayabilecek herhangi bir araçla işlenirse aleniyet gerçekleşmiştir. Aleniyetin varlığı için çok sayıda insanın hakareti öğrenmesinin olanaklı olması yeterlidir. Söylenenlerin duyulması veya hareketlerin görülmesi şart değildir³⁴⁵.

Umumi veya aleni sayılan bir yerde, failin fiili, gizlice kimsenin duyamayacağı şekilde işlemiş olması, başkalarının duymasını engelleyecek tedbirler almış olması hâlinde aleniyetin bulunmadığını kabul etmek gerekir³⁴⁶. Ancak fail, hareketin duyulması olanağını yaratmışsa aleniyetin olduğu kabul edilmelidir³⁴⁷.

³⁴² Odyakmaz, Zehra. «Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu.» Türkiye Barolar Birliği, 1999: s.529

³⁴³ 05/12/1966 Gün 276/456 ve 27/04/1981 Gün 91/159 nolu kararlar (Gökçen 2001, a.g.e., s.170)

³⁴⁴ Olay mahallinin tarla olduğu anlaşılmakta ise de serfedilen sözlerin duyulabilirliğini ortadan kaldıracak şekilde ıssız bir yer olduğunun belirlenmediği cihetle, suçun alenen işlenmiş sayılacağı gözetilmeden TCK'nın 482. maddesinin 3 fıkrası yerine 2. fıkrası ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. 2. CD., 14/01/1992 276/859 (Erdurak 1994 a.g.e., s.,901)

³⁴⁵ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.243-244; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.74; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.434; Toroslu 2007, a.g.e., s.121; Soyaslan 2005, a.g.e., s.265; Gökçen 2001, a.g.e., s.190

³⁴⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.171

³⁴⁷ Çetin 2007, a.g.e., s.31

Uygulamada herkese açık umumi yerler ile herkesin girebileceği yerler, aleni kabul edilmektedir. Suçun işlendiği yer; sokak, park, yol, kahve gibi yerler ise suç, aleni işlenmiş sayılmaktadır. Suçun işlendiği yer; evin içi, büro gibi yer ise aleniyet yok kabul edilmektedir. Suçun işlendiği yerin aleni olup olmadığı hususunda tereddüt varsa keşif yapılarak belirsiz sayıda kişiler tarafından duyulabilip duyulamayacağını belirlemek gerekir. Ayrıca, kamu binaları herkesin girip çıkabileceği yer olduğundan aleni sayılmaktadır Ancak kamu binalarının içerisinde herkesin girip çıkamayacağı bir kişiye veya belirli kişilere ait oda ve benzeri yerlerin aleni olmadığı kabul edilmektedir³⁴⁸.

Bunun yanında umuma açık, herkesin girip çıkabileceği toplantılarda da aleniyet unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Eğer toplantı umuma açık şekilde yapılmıyorsa ve sadece belirli davetlilerin katılabileceği şekilde düzenleme yapılmışsa, aleniyet unsuru gerçekleşmemiş sayılmaktadır. Yargıtay, bir kararında gazeteci kimliği ile toplantıya katılan bir kişinin bulunduğu seyahat şirketleri birliğinin toplantısının özel bir mahiyetinin bulunmadığına, gazeteci kimliği ile katılınabilen bir toplantının genel mahiyette sayılması gerektiğine ve aleniyet unsurunun gerçekleştiğine karar vermiştir³⁴⁹. Ayrıca, Yargıtay, sadece üyelerin katılabildiği kooperatif genel kurul toplantısında aleniyetin bulunmadığını kabul etmiştir³⁵⁰.

Yukarıda da belirtildiği gibi suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâli aleniyetin gerçekleşme şekillerinden biridir. Öğretide ve uygulamada suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde aleniyet unsurunun gerçekleşeceği genel olarak kabul edilmektedir³⁵¹.

Hakaret suçunun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde suç, alenen işlenmiş sayılacak ve ceza arttırılacaktır. TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde, basın

³⁴⁸ Arısoy 2007, a.g.e., s.184; Çetin 2007, a.g.e., s.130; (Okul dersliğinin herkese açık yerlerden olmadığı ve sövme suçunun aleniyet ögesinin oluşmadığı gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle TCY'nın 482/2 maddesi yerine 482/3 maddesinin uygulanması, Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2003/11951 E., 2004/11356 K. T.C. Adalet Bakanlığı Uypa Mevzuat Programı); (Olayın meydana geldiği ... Mutemetlim odasının yalnızca okuldaki görevlilerin girebileceği bir yer olduğu gözetilmeden TCK'nın 482 maddesinin 2 fıkrası yerine 3. fıkrasıyla ceza verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 4.CD., 11/02/1992 252/802 (Erdurak 1994 a.g.e., s. 902))

³⁴⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 02/07/1979 Gün 4-261/318 (Gökçen 2001, a.g.e., s.193)

³⁵⁰ Yargıtay 4. CD 21/02/2000 1131/1279 (Çetin 2007, a.g.e., s.75)

³⁵¹ Şen 2006, a.g.e., s.545; Çetin 2007, a.g.e., s.31; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.435; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.74; Malkoç ve Güler 1996, a.g.e., s.4017

ve yayının tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre; “Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar” ‘ın anlaşılması gerekir. Bu tanımdan basın ve yayın kavramının oldukça genişletildiği ortadadır. Kapsam genişletilirken teknolojik gelişmelerin dikkate alındığı; özellikle cep telefonları ve bilgisayarların kapsam içerisinde olduğu, elektronik araçlar kavramından açıkça anlaşılmaktadır.

5187 Sayılı Basın Kanunu’nun 2. maddesinde basınla ilgili tanımlar yapılmıştır. Maddenin a fıkrasında “basılmış eser: yayımlanmak üzere her türlü basım araçlarıyla basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim vb. eserler ile haber ajansı yayınlarını”; b fıkrasında “yayın: basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması” şeklinde tanımlar yapılmıştır. Aynı maddede, süreli ve süresiz yayınların Basın Kanunu kapsamında olduğu belirtilerek bu kavramların da ayrıca tanımı yapılmıştır.

Basın Kanunu’nda tanımı yapılmış olan yayım kavramı dikkate alındığında; yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla, hakaret içeren fiilin herhangi bir şekilde kamuya sunulması hâlinde aleniyet unsuru gerçekleşmiş sayılacaktır. Aleniyetin gerçekleşmesi için fiilin, kamuya sunulması gerektiğinden iki kişi arasında gönderilen mektuplar, epostalar, telefon mesajlarıyla hakaret suçunun işlenmesi hâlinde aleniyet unsuru gerçekleşmeyecek ve suçun temel şekli oluşacaktır³⁵².

Yargıtay, 1942 tarihli İBK ‘nda resmi makamlara verilen dilekçelerle, yazılı hakaret içeren sözlerin birkaç daireye havale edilmekle aleniyet ve ihtilat unsurlarının gerçekleşeceğine karar vermiştir³⁵³.Yargıtay son kararlarında resmi makamlara dilekçeyle yapılan hakaretlerde aleniyet unsurunun gerçekleşmeyeceğini kabul etmektedir³⁵⁴.

Hakaret içeren yazı, resim vb.nin herhangi bir şekilde asılarak, dağıtılarak kamuya sunulması hakaret içeren sözlerin okunmak suretiyle herhangi bir şekilde,

³⁵² Gökçen 2001 a.g.e., s.177

³⁵³ Gökçen 2001, a.g.e., s.177 13/05/1942 Gün 4/13 YİB Kararı; Malkoç ve Güler 1996, a.g.e., s. 4048

³⁵⁴ a- Davalı Adalet Bakanlığının idare mahkemesine gönderdiği savunmasına verilen yanıt dilekçesi içeriğiyle işlenen görevliye yoklukta hakeret suçunda aleniyet öğesinin oluşmadığı gözetilmeden sanığa verilen cezanın TCY’nın 125/4 maddesiyle arttırılması, Y., 4.CD., 2007/10362, 2007/1875 <http://www.adalet.org/forum2/karar/cbekran.php?id1=5181> (13/05/2008)

örneğin radyo, televizyon, film, cep telefonu ve internet yoluyla kamuya duyurulması hâllerinde aleniyet gerçekleşmiş sayılacaktır³⁵⁵.

Daha önce de belirtildiği gibi ihtilât ile aleniyet aynı anlama gelmez; farklı anlamları vardır. İhtilâtın oluşması için tahkir içeren fiilin, en az üç kişi tarafından duyulması yani algılanması gerekir. Aleniyette ise fiilin umumi veya umuma açık bir yerde veya belirsiz sayıda kişinin fiili algılama imkânının bulunduğu bir ortamda gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir. Fiilin sayısı bilinmeyen birçok kişi tarafından duyulması gerekmez³⁵⁶.

İhtilât unsurunun oluşması için fiilin mutlaka en az üç kişi tarafından algılanması şarttır, eğer herhangi bir sebeple fiili, sadece iki kişinin duymuş veya algılamış olması hâlinde ihtilât unsuru oluşmayacak, dolayısıyla hakaret suçu da oluşmayacaktır. Aleniyette ise fiilin başkaları tarafından algılanması şart olmayıp böyle bir ihtimalin bulunması yeterlidir. Örneğin aleni sayılan bir yerde mesela bir parkta veya sokakta bir kimsenin yüksek sesle başka bir kimseye gıyabında hakaret etmesi hâlinde suçun temel şeklinin oluşması için, hakareti en az üç kişinin duyması gerekecektir. Eğer fiili, en az üç kişi duymamış ise fiil, aleni bir yerde işlenmiş olmasına rağmen suç oluşmayacaktır. Ancak fiil, üç kişi tarafından algılanmış ise artık aleniyetin oluşması için fiili başkalarının algılaması gerekmez. Fiili başkalarının algılama ihtimali bulunduğu aleniyet unsuru gerçekleşecek ve suçun nitelikli hâli oluşacaktır.

f. Suçun Kurul Hâlinde Çalışan Kamu Görevlerine Karşı İşlenmesi

TCK'nın 125. maddesinin son fıkrası, kurul hainde çalışan kamu görevlilerine, görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suçun kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı kabul edilmiş ve bu durumda zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulayacağını öngörmüştür.

Kurul kavramı bir insan topluluğunun oluşturduğu bir birliği ifade eder. Böyle bir birliğin kurul sayılabilmesi için birliği oluşturan kişilerden ayrı bir hukuki varlığının bulunması, birliği oluşturan kişilerin değişmesi ile ortadan kalkmayacak bir varlığa

³⁵⁵ Gökçen 2001, a.g.e., s.185

³⁵⁶ Odyakmaz 1999, a.g.e., s.532; Gökçen 2001 a.g.e., s.172

sahip olması gerekir³⁵⁷. Bunun yanında, herhangi bir birliğe, kurul denilebilmesi için kanunen oluşmuş olması gereklidir³⁵⁸.

Hukuki anlamda kurul; bir kanuna dayanarak bir araya gelen, görev, yetki ve kuruluşu belirli olan ve bir kamu görevi yerine getiren veya böyle bir göreve kamu hukuku usulüne göre katılan belli sayıda insan topluluğudur. Bu tip kurullar, kamu görevi gördüklerinden, bunlar aynı zamanda devlet organı vasfına sahiptir³⁵⁹. Dolayısıyla kurulda çalışanların bir kamu görevlisi olması zorunlu değildir. Geçici olarak kamusal faaliyet niteliğindeki kurul faaliyetlerine katılan kişiler de kurul çalışmalarıyla bağlantılı olarak kamu görevlisi sayılacaklardır³⁶⁰.

Kurul üyelerine yapılan hakaretin TCK'nın 125. maddesinin son fıkrasındaki nitelikli hâli oluşturması için kurulun oluşmuş yani kurulmuş olması gerekir. Henüz kurulmamış, ileride oluşacak bir kurula yapılan hakaret, kurul üyelerine yapılmış sayılmaz³⁶¹. Bunun yanında kurul üyelerine, kurulda yerine getirmiş oldukları görevlerinden dolayı yapılan hakaretler hakkında bu fıkra uygulanacağından, kamu görevlilerine yapılan hakaretlerde olduğu gibi kurul hukuken sona ermiş olsa bile kurulun varlığını sürdürdüğü sırada yerine getirmiş olduğu görevleri ile ilgili bir sebeple hakaret edilmesi hâlinde, yine söz konusu nitelikli hâl uygulanacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi kurulun, kanuna uygun olarak kurulması ve kanunun öngördüğü şekilde toplanmış olması gerekir. Bu sebeple birden çok kamu görevlisinin, herhangi bir görevi yerine getirmek için toplanmış olmaları hâlinde, bu birlik kurul olarak kabul edilemez. Dolayısıyla böyle bir durumda suç, kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılacaktır ve 3. fıkranın a bendindeki nitelikli hâlin uygulanması gündeme gelecektir³⁶². Söz konusu nitelikli hâlin oluşması için, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerinin kurul çalışmaları ile ilgili görevlerinden dolayı hakaret fiilinin gerçekleştirilmesi gerekir. Eğer kamu görevlisine kurulla bağlantısı olmayan

³⁵⁷ Erman, Sahir, ve Çetin Özek. **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Dünya Yayıncılık A.Ş., 1992. s.418

³⁵⁸ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.43

³⁵⁹ Çetin 2007, a.g.e., s.33

³⁶⁰ Şen 2006, a.g.e., s.546

³⁶¹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar 1992, a.g.e., s.419

³⁶² Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar 1992, a.g.e., s.419

görevlerinden dolayı hakaret edilmiş ise, yine son fıkradaki nitelikli hâl yerine 3. fıkranın a bendindeki nitelikli hâl uygulanacaktır³⁶³.

TCK'nın 125. maddesinin 5. fıkrasının lafzından, doğrudan doğruya, kurulun bizatihi kendisi hakkında söylenen hakaret içeren sözleri kapsamayacağı³⁶⁴, bunun yanında; kurul üyelerinden herhangi biri belirlenerek, bu üyenin kuruldaki çalışmaları ile ilgili yapılan hakaretin kurul üyelerinin tümüne yapılmış sayılabileceği söylenebilir. Söz konusu hükmün "kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine, görevlerinden dolayı hakaret edilmesi" ibaresi ile kurula yapılacak hakaretleri kapsamı içerisine aldığı da söylenebilir³⁶⁵. Aslında bir fiille birden fazla kişiye hakaret edilmesi hâlinde, aynı neviden fikri içtima durumu söz konusudur. Hakaret edilen kişinin kamu görevlisi olması bu kuralı değiştirmez. TCK'nın 125. maddesinin son fıkrası değiştirilmeden önce "kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır" şeklinde düzenlenmişti. Söz konusu hükmün yorumunda, bu gibi durumlarda hakaret edilen kamu görevlisi sayısının cezaya hükmolunması gerektiği yönünde düşünceler ileri sürülmüş; bu sebeple 29/06/2005 gün ve 5377 sayılı kanunla söz konusu fıkra "ancak bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır" şeklinde bir cümle eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde "kanunun 43. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen aynı neviden fikri içtima hâlinde, bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur. Bunun klasik örneğini bir fiille birden fazla kişiye hakaret edilmesi oluşturmaktadır. Aynı neviden fikri içtima hâlinde, bir suç vardır ve fail hakkında bir cezaya hükmolunur. Fakat bu ceza, zincirleme suç açısından belirlenen oranlarda arttırılır. Bu kuralın istisnası, yine 43 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmiş olan kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında fail gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Kanunun düzenlemesi bu yönde olmakla birlikte, 125. maddenin beşinci fıkrası hükmünün, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine hakaret edilmesi hâlinde, kurulu

³⁶³ Şen 2006, a.g.e., s.546

³⁶⁴ Şen 2006, a.g.e., s.547

³⁶⁵ Şen 2006, a.g.e., s.547

oluşturan kamu görevlisi sayısının hakaret suçunun işlendiği şeklinde yanlış yorumlandığı gözlemlenmiştir. Bu yanlış anlaşılmayı gidermek amacıyla söz konusu fıkra metnine "ancak, bu durumda, aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanır." şeklinde bir cümle eklenmiştir³⁶⁶."

Ayrıca, 5377 Sayılı Kanunla TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrasına "mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır" şeklinde ek cümle ilave edilmiştir.

Tüm bu değişiklikler dikkate alındığında TCK'nın 125. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenlemenin kurulun görevlerinden dolayı, göreve ilişkin olarak kurula yapılan hakaretleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, hakaret suçlarında tüzel kişileri ve toplulukları mağdur olarak kabul etmediğinden; bir topluluk olan kamu kurullarına yapılan hakaretlerin, kurulu oluşturan kamu görevlilerine yapılmış sayılacağını belirterek, bu kabulünü ifade etmiş ve bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır.

TCK'nın 125. maddesinin son fıkrası, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerinin mesleki onur, şeref ve saygınlığını korumaktadır. Bunun yanında, kamu kurulunun saygınlığı da bu çerçevede güvence altına alınmıştır. Ancak, kurulun saygınlığı; doğrudan doğruya korunmamakta, kurul üyeleri vasıtasıyla korunmaktadır. Bu kapsamda, eğer hakaret, kurul üyelerinden birine karşı kuruldaki görevi sebebiyle yapılmış ise mağdur belirlenebildiğinden bu durumda maddenin üçüncü fıkrasının a bendi uygulanmalıdır³⁶⁷. Eğer hakaret, kuruldaki kamu görevlilerine karşı yapılmış ise yani mağdur belirlenemiyorsa, suç kurulu oluşturan kamu görevlilerinin tümüne karşı yapılmış sayılacak veya hakaret kurulun görevlerinden dolayı doğrudan doğruya kurul hedef alınarak yapılmış ise yine suç kurulu oluşturan kamu görevlilerine karşı yapılmış sayılacak ve TCK'nın 125. maddesinin son fıkrasına göre, ceza zincirleme suça ilişkin madde hükümleri gereğince ceza artırılabacaktır.

Kurul; adli, idari veya siyasi kurullar olarak tasnif edilebilir. Tek hâkimli olarak çalışmayıp, toplu olarak çalışan mahkemeler adli kurul olarak kabul edilir.

³⁶⁶ Özgenç 2006, a.g.e., s.564

³⁶⁷ Şen 2006, a.g.e., s.547

Sayıştay, il genel meclisi, belediye meclisi, üniversite ve fakülte kurulları, ticaret odaları, baro yönetim kurulları, resmi okul ve hastanelerin yönetim kurulları, köy ihtiyar heyeti, askeri kurullar idari kurullara örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanında, mahkemeler veya diğer yetkililer tarafından bir işin yapılması için geçici olarak oluşturulan kurullar, örneğin bilirkişi kurulları da kamu görevi yerine getirdiklerinden TCK'nın 125. maddesinin son fıkrası kapsamında sayılan kurullardan sayılırlar³⁶⁸.

3. Manevi Unsur

Hakaret suçu, kasıtlı işlenen suçlardandır. Suçun oluşumu için failde genel kastın bulunması yeterlidir³⁶⁹.

TCK'nın 21. maddesi 1. fıkrası gereğince bir suçun taksirli şeklinin cezalandırılması için ilgili normda açıkça belirtilmesi gerektiğinden ve hakaret suçunun taksirli şekli TCK'nın 125. maddesinde belirtilmediğinden, hakaret suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kişinin şeref ve saygınlığı taksirle de ihlal edilebilir. Kişinin el, kol hareketleri yaparken, elinin yanlışlıkla bir kimseye çarpması veya bir kişiyle ihtilâl ederken, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin sözlerinin üç kişi tarafından duyulması gibi hâllerde, kast bulunmadığından suç oluşmayacaktır³⁷⁰. Yine failin söylediği sözlerin veya yaptığı hareketlerin tahkir içerdiğini bilmemesi hâlinde de kasıt bulunmadığından suç oluşmayacaktır; fail, yabancı olduğundan, o yerin değer yargılarını, örf ve adetlerini bilmediğinden fiilin tahkir içeriğini bilemeyebilir³⁷¹.

³⁶⁸ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar 1992, a.g.e., s.419; Çetin 2007, a.g.e. s.33; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.49

³⁶⁹ Erman, Hakaret ve Sövmeye Cürümleri 1950, a.g.e., s.33; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2256; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.59; Soyaslan 2005, a.g.e., s.240; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.240; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.425; Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.244; Şen 2006, a.g.e., s.542; Toroslu 2007, a.g.e., s.117; Özbek 2005, a.g.e., s.269

³⁷⁰ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2256

³⁷¹ Erman, Hakaret ve Sövmeye Cürümleri 1950, a.g.e., s.135; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.60

Hakaret suçunda kasttan ne anlamak gerektiği konusunda farklı görüşler vardır; bazıları hakaret suçunda genel kastın yeterli olmadığını, failde saikin, yani özel kastın aranması gerektiğini ileri sürmektedirler³⁷².

Hakaret suçunda özel kastın varlığını arayan yazarlar, failde tahkir kastının bulunması gerektiğini yani mağduru aşağılama niyeti yanında mağdura zarar verme niyetinin de bulunması gerektiğini; bu sebeple failin şaka niyetiyle ve savunma niyetiyle gerçekleştirdiği hareketlerde suçun oluşmayacağını ileri sürerler³⁷³.

Hakaret suçunun manevi unsuru konusunda öğretide tartışma olduğu ileri sürülmekte ise de³⁷⁴ son dönemde, hakaret suçunun oluşumu için özel kastın arandığına dair öğretide herhangi bir görüşe rastlanmamıştır. Her ne kadar Yargıtay'ın eski kararlarının bazılarında suçun oluşumu için özel kastın varlığı aranmışsa da³⁷⁵ yeni kararlarında Yargıtay da hakaret suçunun oluşması için genel kastın yeterli olduğunu kabul etmektedir³⁷⁶.

Öğretide ve uygulamada, hakaret suçunun oluşumu için özel kast aranmayacağı, genel kastın yeterli olduğu ittifakla kabul edilmektedir. Hakaret suçunda saik, ancak cezanın tayininde bireyselleştirme aracı olarak hâkim tarafından dikkate alınabilir. Suçun oluşumunda özel kast aranmaz³⁷⁷.

Hakaret suçunda genel kasttan anlaşılması gereken; fiilin objektif olarak tahkir niteliği taşıyıp taşımadığı yani mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek nitelikte olup olmadığı veya onur, şeref ve saygınlığa saldırı niteliğinde bulunup

³⁷² Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.136; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2257

³⁷³ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.245

³⁷⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.425

³⁷⁵ Yargıtay, çeşitli kararlarında cürümün teşekkülü için mutlaka bir tahkir kastını araştırmaktadır. Mesela, Ceza Genel Kurulu bir ilamında “bir kızla nişanlandığını söylemek fiilinin tahkir kastına ne suretle delâlet ettiğinin etraflıca izah edilmemesini yolsuz” saymıştır. CGK, 29/09/1941 184/146 (Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.245)

³⁷⁶ Sanıkların kişisel davacının yüzüne karşı sanıkların yanında babası İ.Y.'e “Nuran'ın M. Gedikle ilişkisi var, bize yaramaz kızınız götürün” diye söylemekten ibaret eylemlerinin belli bir olay yükleyerek hakaret suçunu oluşturduğu, oluşa uygun biçimde dosyadaki kanıtlardan anlaşılmasına karşın genel kasıtle işlenen bu suçla özel kasıt arayan ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır. Yargıtay 4. CD 27/05/2002 7266/9259 (Çetin 2007, a.g.e., s.39); Sanığın kişisel davacının “ düpedüz sahtekarlık yaptığını belirterek küçük düşürücü bir değer yargısında bulunduğu ve suçu hukuka uygun kılan eleştiri çerçevesini aştığı halde genel kastla işlenen hakaret cürümünde özel kast arayan bilir kişi düşüncesi doğrultusunda karar verilmesi yasaya aykırıdır. Yargıtay 4. CD 18/11/1992 630/7159 (Çetin 2007, a.g.e., s.49)

³⁷⁷ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2257

bulunmadığının araştırılmasıdır. Eğer fiil objektif olarak bu niteliklere sahipse ve fail tarafından bu biliniyorsa failde suç işleme kastının var olduğu kabul edilmelidir³⁷⁸. Başka bir ifadeyle, failin yaptığı hareketlerin, söylediği sözlerin veya gönderdiği iletinin onur, şeref ve saygınlığa zarar verici nitelikte olduğunu bilmesi, mağdurun hazır olduğunu veya hazır sayıldığını bilmesi veya üç kişiyle ihtilât ettiğini bilmesi ve fiilini isteyerek gerçekleştirmesi hâlinde kastın varlığı kabul edilmelidir³⁷⁹.

Hakaret suçu, doğrudan doğruya kast yanında olası kastla da işlenebilir. Bir suçun olası kastla işlenebilmesi için o suçta özel kastın aranmamış olması gerekir. Saikin, özel kastın suçun oluşması için gerekli olduğu hâllerde suç olası kastla işlenemez. Hakaret suçu, genel kastla işlenen bir suç olduğundan bu suç olası kastla işlenebilen suçlardandır³⁸⁰.

Örneğin, bahçede komşusu hakkında konuşan failin, komşusu hakkında tahkir içeren sözleri komşusunun duyacağı şekilde söylemesi ve mağdurun bu sözleri duyması hâlinde olası kastın varlığı ve suçun oluştuğu kabul edilmelidir³⁸¹.

Yine failin tahkir içeren sözlerinin, yayılacağını, başkaları tarafından öğrenilebileceğini öngörmesine rağmen bunu önemsemeyerek bir kişiyle ihtilât etmesi ve bu kişinin failin sözlerini iki kişiyle daha paylaşması hâlinde de olası kastın varlığını kabul etmek gerekir. Bu kabul suçun oluşması için üç kişiyle ihtilât edilmesi şartının mahsurlarını da kısmen ortadan kaldırabilir.

Suçun olası kastla işlendiğinin kabulü hâlinde TCK'nın 21. maddesi 2. fıkrası gereğince verilecek ceza, üçte birden yarısına kadar indirilerek hükmedilmelidir.

Suçun nitelikli hâlleri içinde manevi unsurla ilgili açıklamalar geçerlidir.

³⁷⁸ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.246

³⁷⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.323

³⁸⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.425; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.240

³⁸¹ Arısoy 2007, a.g.e., s.170

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

A. Genel olarak

Hukuka aykırılık, kanundaki tarife “tipe” uygun olarak işlenmiş olan fiilin, hukuk düzeni tarafından mübah sayılmaması, fiile hukuku düzenince cevaz verilmemesi hâlidir. Hukuka aykırılık unsurunun oluşması için, fiilin sadece ceza hukuku hükümleri ile çatışma hâlinde olması yeterli değildir. Pozitif hukuk düzeniyle çatışma hâlinde olması şarttır. Eğer, herhangi bir hukuk dalı tarafından bir hareketin yapılmasına izin verilmiş, bu hareket mübah sayılmışsa artık hukuka aykırılık unsurunun varlığından bahsetmek mümkün olmaz³⁸².

Hukuka aykırılık unsurunun oluşabilmesi için fail tarafından işlenen fiilin kanundaki tarife uygun, yani tipe uygun olarak işlenmiş olması gerekir. Böyle bir fiil, işlendikten sonra bu fiile ceza hukukunun içinde ve dışında herhangi bir hukuk kuralı tarafından izin verilmemiş veya bu fiilin işlenmesi emredilmemiş olmalıdır. Eğer, ceza hukukunun suç saydığı bir fiile, diğer bir hukuk kuralı tarafından izin veriliyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı ve hukuka aykırılık unsurunun oluşmadığı; dolayısıyla suçun oluşmadığı sonucuna varılır³⁸³.

Hukuka aykırılık, kusurluluktan farklı olarak objektif bir nitelik taşır. Bu sebeple, hukuka uygun sayılan bir fiilin haksızlık niteliği ortadan kalkar ve tüm hukuk düzeni tarafından meşru kabul edilir. Hukuka uygun kabul edilen bir fiil için, ceza hukukundan başka herhangi bir hukuk dalına aykırı olduğundan bahsedilemez³⁸⁴.

Bu çerçevede, hakaret oluşturan herhangi bir fiilin, herhangi bir sebeple hukuka uygun sayılması hâlinde ceza verilemeyeceği gibi, özel hukuk alanında da tazminat sorumluluğu olmayacaktır. Aynı şekilde, Yargıtay, hukuka uygunluk sebeplerini her hukuk dalı için ortak kabul ettiğinden ceza davası sonucunda fiilin hukuka uygun olması nedeniyle verile beraat kararlarının hukuk mahkemelerini

³⁸² Dönmezer, Sulhi, ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**. Cilt 2. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983, s.2; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.479; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.230); (Gökçen 2001, a.g.e., s.215

³⁸³ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.11; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.479

³⁸⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.484

bağlayacağına, yine hukuka aykırı sayılan fiiller hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının da hukuk mahkemesini bağlayacağına karar vermektedir³⁸⁵.

TCK, hukuka uygunluk sebeplerini dört ana başlık altında toplayarak düzenlenmiştir³⁸⁶. Bunlar;

- Kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası) (TCK madde 24/1)
- Meşru Savunma (TCK madde 25)
- Hakkın kullanılması (TCK madde 26/1)
- İlgilinin rızası (TCK madde 26/2)

Hakaret suçu, soyut tehlike suçu ve sırf hareket suçu olduğundan, hakaret suçunda meşru savunmanın söz konusu olup olmayacağı tartışılabilir. Ancak, diğer hukuka uygunluk sebepleri, hakaret suçunda, hakaret oluşturan bir fiili hukuka uygun hâle getirir. Bunların yanında her ne kadar tartışmalı olsa da Anayasa’da ayrıca düzenlenmiş olması sebebiyle, isnadın ispatı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiş ve bu başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür. Hukuka uygunluk sebepleri arasında, hakaret suçunun en çetrefilli, en tartışmalı konusu “hakkın kullanımı”dır. Hakkın kullanımının alt başlığı altında inceleyeceğimiz düşünce özgürlüğü (ifade özgürlüğü) ile hakaret oluşturan sözler arasındaki gerginlik (paradoks) ve birinin diğeri alanına müdahalesi ve bundan kaynaklanan çatışma, belki de hakaret suçunun en çok tartışılan ve önem verilen konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Hakkın Kullanılması

TCK’nın 26. maddesi 1. fıkrası “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiştir.

Sahip olunan bir hakkın kullanılması, algılanması hukuka uygunluk sebebidir. Hakkın kullanılması, başkalarının menfaatleriyle çatışsa da hukuk, hakkını kullanan kimsenin eylemine üstünlük tanıyarak o hakkın kullanılmasını korumaktadır³⁸⁷. TCK’nın 26. maddesi 1. fıkrasının gerekçesinde “Maddenin 1. fıkrasında hakkın

³⁸⁵ Çetin 2007, a.g.e., s.262

³⁸⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.484

³⁸⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.505

kullanılması hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir.

Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğabilir.

Burada, hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Eğer hak, bir mercie başvurarak kullanılabilirse artık buradaki hak kapsamında kabul olunmayacaktır.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

Gerekçeden de ortaya çıktığı gibi hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin varlığı için, sübjektif bir hakkın bulunması gerekir. Sübjektif hak veya kısaca “hak” hukuk tarafından kişilere tanınmış olduğundan, kullanılan hakkın temelini oluşturan hukuk alanının değişik olması mümkündür. Bir hakkın icrası, söz konusu olduğunda, hakkın kaynağının önemi yoktur. Sübjektif hakkın kaynağı; ceza hukuku, özel hukuk, kamu hukuku, bir yargı kararı veya idari bir tasarruftan kaynaklanabilir³⁸⁸. Hakkın kullanılması olarak kavramsallaştırılan hukuka uygunluk sebepleri çok sayıda olup bu sayı, toplumdaki gelişmelere paralel olarak değişmekte ve yeni haklar ortaya çıkmaktadır³⁸⁹.

Söz konusu sübjektif hakkın, örf ve âdetten doğması da mümkündür. Örf ve âdet, ceza hukukunda kaynak niteliğini doğrudan kazanamaz. Ancak, dolayısıyla kaynak olabilir. Bu sebeple, cezai nitelikte olmayan bir norm, örf ve âdete dayandığı ve bu örf ve adette de bir sübjektif hak doğurduğu takdirde, bu hakkın icrası suretiyle işlenen fiillerin hukuka uygun olduklarını kabul etmek gerekir. Yani, sübjektif hak kaynağı olmak bakımından, örf ve âdet bir hukuk kuralını tamamlayıcı nitelik taşımalıdır. Ayrıca, örf ve âdetin tamamlayıcı olduğu hukuk kuralına ceza kanununun atıfta bulunması gerekir³⁹⁰. Hakaret suçunda, terbiye hakkının sınırlarını tespit ederken örf ve âdeti dikkate almak gerekir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi için, hak sahibinin söz konusu hakkı doğrudan kullanabilmesi, hak üzerinde aracısız tasarrufta

³⁸⁸ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.34

³⁸⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.507

³⁹⁰ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.35

bulunabilmesi gerekir. Eğer hak doğrudan kullanılamıyorsa, hakkın kullanımı için yetkili bir mercie başvuru aranıyorsa veya yetkili merci tarafından hak iade ediliyorsa, hakkın kullanımı hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilemez.

Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için, hakkı yaratan kaynağın sınırları içinde kullanılması gerekir. Hakkın kullanılmasının sınırları aşılmışsa, artık hukuka uygunluk sebebi yoktur. Hakkın kötüye kullanılması hâlinde de hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilemez³⁹¹.

Hakaret suçuyla ilgili hakkın kullanılması, hukuka uygunluk sebeplerini genel olarak dört başlık altında ele alabiliriz.

- Düşünce özgürlüğü (ifade özgürlüğü); haber verme hakkı ve eleştiri hakkı
- İddia ve savunma hakkı (dokunulmazlığı)
- İsnadın ispatı
- Terbiye etme hakkı

a. Düşünce Özgürlüğü (İfade Özgürlüğü); Haber Verme Hakkı ve Eleştiri Hakkı

Düşünme, insanın zihinsel bir faaliyetidir. İnsanın zihinsel faaliyetinin, etkinliğinin ürünlerine, yani dile getirilen önermeler ve ifadelere düşünce denir³⁹².

Bilindiği gibi insan, düşünebilen bir varlık olması sebebiyle diğer canlılardan ayrılır. Düşünme ve düşüncelerini açıklama, insanların en önemli vasıflarından bir tanesidir. Bu sebeple, çağdaş dünyada düşünce, insan hak ve özgürlükleri içinde hayat hakkıyla birlikte en önemli olanı olarak kabul edilmektedir. Düşünce özgürlüğünün bulunmadığı yerde, insan haklarının varlığından bahsedilemez. İnsanlık gelişiminin kaynağı, düşünme ve düşünce özgürlüğüdür. Birçok temel hak ve hürriyetlerle bağlantılı olan düşünce özgürlüğü, kişinin ve toplumun maddi ve manevi alandaki gelişmesinin temel şartı ve kaynağıdır.

³⁹¹ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.39

³⁹² Gökçen 2001, a.g.e., s.217

Düşünme, kişinin gizli alanından kaynaklanır; hukuk ise amacı gereği dış dünyaya yansıyan davranışlarla ilgilenir. Düşünce, birçok hâlde doğası gereği iletilir. Herhangi bir şekilde düşünce ve kanaatlerin iletişimi toplumsal bir olgu olarak hukuk alanına girer. Düşünce özgürlüğü; insanların serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması, düşünce ve kanaatlerini tek başına veya başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika) çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema, internet vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir³⁹³.

Bir kimsenin bir başka kimse hakkındaki bilgi ve kanaatlerinin dışa vurumu, eğer tahkir oluşturuyorsa, hakaret suçu oluşmaktadır. Dolayısıyla, hakaret suçu, bir düşünce açıklaması sonucu ortaya çıkar. Bu sebeple, düşünce özgürlüğü ile hakaret suçu arasında bir çatışma, bir gerginlik bulunur. Bu çatışmanın sonucunda yapılan değerlendirme, bazen düşünce hürriyeti lehine bazen de aleyhine sonuç doğurabilir. Hakaret suçundan dolayı bir kimsenin cezalandırılması, her ne kadar ifade özgürlüğünün kullanılmasından sonra ortaya çıksa da bu özgürlüğe müdahale niteliğindedir. Hakaret suçuna verilecek ceza, cezanın niteliği gereği caydırıcı, cesaret kırıcı ve engelleyici olduğundan bireylerin korkmalarına ve kanaatlerini ve bildiklerini açıklamamalarına neden olur. Sonuç olarak da ifade hürriyeti kısıtlanmış olur³⁹⁴.

Anayasa'nın 26. maddesi 1. fıkrasında belirtildiği gibi ifade hürriyeti, mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak kabul edilemez. İfade hürriyeti, kişilerin şeref, onur ve saygınlıklarını korumak maksadıyla sınırlanabilir. Çünkü ifade ile ortaya konulan bilginin veya değer yargısının (kanaat); kötileyici, aşağılayıcı, sırf saldırgan, ar ve hayâ duygularını inciten yani şeref ve saygınlığı ihlal oluşturanlarını, düşünce özgürlüğü içinde saymak mümkün değildir³⁹⁵.

Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, hakaret suçunun unsurlarından biri olan tahkir içeriği; görece bir niteliğe sahiptir, zamana ve yere göre değişir. Bu sebeple, hangi fiillerin tahkir içeriği oluşturduğu, hangi fiillerin ifade hürriyeti kapsamında kaldığı hususunda mutlak kıstaslar belirlemek, kesin sınırlar çizmek mümkün değildir.

³⁹³ Kaboğlu 2002, a.g.e., s.35

³⁹⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.517

³⁹⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.514

Bu sebeple hakaretle ifade özgürlüğü arasındaki çelişkiyi dengelemekte zorluklarla karşılaşılır. Uygulamada ifade özgürlüğü ile şerefın korunması gereğı; çoğu zaman birbiri ile iç içe girdiğı, zaman zaman bir hakkın diğeriını aşırı şekilde sınırladığı durumlar görülebilmektedir. Bu sebeple, şerefın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki sınır, özenle tartılmalı ve hassas dengeler üzerine kurulmalıdır.

Bu konunun mukayeseli hukukta yararların dengelenmesi teorisi üzerinden çözülmeye çalışıldığı görülmektedir. Buna göre, iki yarar karşılaştığında üstün olanı önceliğe sahiptir; üstün yararı koruyan veya kurtaran fiiller hukuka aykırı olmazlar. Üstün yarar ya kanun tarafından belirlenir ya da ortak uygarlık kurallarına başvurulmak sureti ile hangi yararın üstün olduğu, hangisinin feda edilmesi gerektiğı saptanır³⁹⁶. AİHM de kararlarında bu esası, dikkate almaktadır. Yani ifade özgürlüğü ile şerefın korunması karşılaştığında ortaya çıkan çelişkiyi gidermek için ifade özgürlüğünün önemini göz önüne alarak hareket etmektedir³⁹⁷.

Almanya’da söz konusu çelişki, özellikle kamuyu ilgilendiren kamusal ve siyasal alanda açıklanan ifadeler, açısından Alman Anayasa mahkemesinin kararları ile ifade özgürlüğü lehine halledilmiştir. Alman Anayasası’nın 5. maddesinde ifade özgürlüğü, şerefi ilgilendiren suçlar lehine sınırlanmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi, bu konuda “etki-tepki teorisi”ni kullanmıştır. Bu görüşe göre, temel hakları kısıtlayan genel kanunlar, kısıtladıkları genel hak dikkate alınarak yorumlanır. “Kamuyu ilgilendiren konularda yapılan fikri tartışmalardaki açıklamalarda, Alman Anayasa Mahkemesi, özgür konuşmanın serbest olması karinesinden hareket etmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, bu tür tartışmalarda küçük düşürücü ve zorunlu olmayan açıklamalarının da yapılabileceğı görüşünü kabul etmiştir.” Alman Anayasası’na göre, “Olgu iddiaları görüşlerin oluşmasının koşulu olduğu için, eğer bunlar toplumsal görüşlerin oluşmasında katkıda bulunamayacak nitelikte ise bu takdirde Anayasa’nın 5. maddesinin koruması kapsamı dışında kalır.” Bu sebeple, gerçeğı yansıtmayan bilgi korunmaya değer görülmemiştir. Ancak, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında, Almanya’da şerefın korunması ile ilgili olarak kamuoyunun oluşmasına yardımcı

³⁹⁶ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.14

³⁹⁷ Macovei, Monica. **İfade Özgürlüğü**. Ankara: Adalet Bakanlığı Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2003, s.7

olabilecek şekilde ise hemen hemen her zaman ifade özgürlüğüne üstünlük tanınmakta ve ifade özgürlüğü korunmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi, neredeyse her şeref ihlalini haklı olarak görmektedir. Ancak, alaycı eleştiri yapılan hâllerde, şeref korunması ifade özgürlüğünün önüne geçer. Konunun abartılmış olması ifadeyi, alaycı hâle getirmez. Sırf mağdurun kişisel olarak küçük düşürülmesi için yapılan girişim, konu ile bağlantısını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte ve şekilde yapılırsa alaycı eleştiri gerçekleşmiş sayılır. Bunların yanında, mahkeme bir ifade açıklamasını incelerken, mümkün olan bütün yorum olasılıklar incelenmekte ve hukuka uygun bir anlam çıkarmak için bütün olasılıklar denetlenmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi “askerler katildir” veya “potansiyel katildir” içerikli çıkartmaların arabalara yapıştırılmasına, bu çıkartmaların yapıştırılmasının amacının ve ifadelerin, askerlerin katil olduklarını belirtmek için değil; askerliği reddetme konusundaki istekleri, teşvik etmek için hazırlanmış olduğunu ve bu sebeple ifade özgürlüğü kapsamında bulunduğunu kabul etmiştir. Bunların yanında Alman Anayasa Mahkemesi, bir kişiye “faşist taraftarı” demeyi, bir politikacıya “zoraki demokrat” demeyi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek korumaktadır³⁹⁸.

Daha önce de belirtildiği gibi İngiltere ve Amerika’da hakaret suçları, çok nadir olarak uygulanmaktadır. Ancak, hâlen ünün ve şeref ceza yaptırımı ile korunması gerektiği genel olarak kabul görmektedir. Ayrıca, Amerika’da bazı eyaletlerin hakareti, suç olmaktan çıkarmış olmasına rağmen bazılarında hakaret, hâlâ suç olarak devam etmektedir. Birçok eyalet, sövmeyi (kendiliğinden hakaret oluşturan ifadeleri) suç olarak kabul eder³⁹⁹.

ABD Yüksek Mahkemesi, birçok kararında ifade özgürlüğüne üstünlük tanımış ve bu konudaki kararlarıyla AİHM’ni etkilemiş, AİHM ifade özgürlüğüne güçlü bir koruma sağlamış olan ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına özel bir dikkatle eğilmiştir⁴⁰⁰. ABD Yüksek Mahkemesi, Terminiello v. Chicago kararında ifade özgürlüğü hakkında “Toplumumuzda sivil ve siyasi kurumların yaşaması, serbest tartışmaya bağlıdır. Baş Yargıç Hughes’ın yazdığı gibi, hükümetin halk iradesine

³⁹⁸ Telenbach 2007, a.g.l.

³⁹⁹ Wikipedia The Free Encyclopedia; 2007, a.g.l.

⁴⁰⁰ Macovei 2003, a.g.e., s.8

duyarlılığının devamı ve barışçıl değişikliklerin gerçekleştirmesi ancak serbest müzakere ve özgür fikir alışverişi sayesinde mümkündür. Dolayısıyla, özgürce konuşma ve fikir ve programların çeşitliliğinin artırma hakkı bizi totaliter rejimlerden ayıran temel farklardan biridir.

Bu sebeple, yönetim sistemimiz gereğince, özgür ifadenin bir işlevi de tartışmaya yol açmaktır. İfade, huzursuzluk hâline sebep olduğunda, bulunulan şartlarda hoşnutsuzluk yarattığında ve hatta halkı öfkeye sevk ettiğinde, gerçekten de yüce amacına en iyi hizmet etmiş olur. İfade, çok zaman tahrik edici ve meydan okuyucudur; önyargılara hücum edebilir ve bir fikrin kabulü yönünde propaganda yaptığında, muazzam denecek ölçüde sarsıcı ve tedirgin edici etkilere sahiptir. İşte bu yüzden, *Chaplinsky v. New Hampshire* davasında olduğu gibi, her şeye rağmen ifade özgürlüğü toplumsal rahatsızlık, sıkıntı veya huzursuzluğun çok fazla üzerine çıkan ciddi, somut bir kötülüğe dair açık ve mevcut tehlike ihtimali görülmedikçe sansüre veya cezalandırmaya karşı mutlak anlamda olmasa bile himaye edilir.” şeklinde açıklama yaparak, ifade özgürlüğüne verilen önemi ortaya koymuştur⁴⁰¹.

ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğüne olabildiğince üstünlük tanıyor olmasına rağmen; sövme oluşturan, alaycı kavgaya sebep olan ifadelerin korunmaya değer olmadığını da kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme *Chaplinsky v. New Hampshire* kararında, “Dilin en geniş imkânları ve ondördüncü değişikliğin amacı göz önüne alındığında, özgür ifade hakkının her zaman ve her koşulda mutlak olmadığı daha iyi anlaşılır. İyi tanımlanmamış, sınırları dar ifadenin bir takım türleri vardır ki bunların önlenmesi ve cezalandırılmasının herhangi bir anayasal soruna sebep olacağı asla düşünülemez. Bunlar; açık saçık ve müstehcen, kutsal şeylere saygısızlık, iftira ve tahkir edici veya “kavgacı” kelimelerden (bunlar, sırf söylenmeleriyle bile incinmeye ve derhal huzurun bozulmasına sebep olan sözlerdir,) ibarettir. Bu tür ifadelerin düşüncenin açıklanmasının zaruri unsuru olmadığına ve gerçekliğe götüren bir adım olarak bunlardan hâsıl olabilecek bir faydanın, asayiş ve ahlaktaki toplumsal çıkardan daha ağır gelmediğine ve çok küçük bir toplumsal değere sahip olduğuna çok kez tanık

⁴⁰¹ Arslan, Zühtü, der. «**ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü.**» Çeviren Bahattin Seçilmişoğlu. Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, 2003. s.159, “*Chaplinsky v. New Hampshire* 315 US 568 1942”

olunmuştur. Lakaplara veya kişisel küfre başvurmak, Anayasa tarafından korunan fikirlerin iletilmesi veya bilgilendirmenin hiçbir anlamına uygun değildir ve bunun bir suç eylemi olarak cezalandırılması, o Anayasa gereğince herhangi bir sorun teşkil etmez⁴⁰².” şeklinde açıklamalar yaparak bir göstericinin emniyet müdürüne “Sen Allah’ın belası bir gangstersin!”, “Kahrolası bir faşistsin!” şeklindeki sözlerinin hakaret içerdiğini, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek mahkûmiyeti onaylamıştır.

Fransa’da hakaret suçunun cezalandırılması için hakaret kastına bakılır. Ancak, mesleki icabı eleştiri yapanlara, özellikle gazetecilere çok cömertçe eleştiri hakkı tanınır ve şerefın korunması açısından çok cimri, hasis davranılır. İspanya’da ise şerefın korunması ile ilgili suç tipleri ifade özgürlüğü önünde, uzun bir süre engel teşkil etmiş olmasına karşın son yıllarda Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararlar, şerefın korunması ile ilgili hükümleri ifade özgürlüğü lehine sınırlandırmıştır⁴⁰³.

1982 Anayasa’sında ifade özgürlüğü ve sınırları 25 ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir⁴⁰⁴. Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında, ifade özgürlüğünün mutlak olmadığı, diğer sınırlamalar yanında “başkalarının şöhret veya haklarının özel ve aile hayatlarının” korunması için sınırlanabileceğini belirtmiştir.

Anayasa’nın 90. maddesine eklenen 07/05/2004 günlü ek cümle ile “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla, kanunların farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri dikkate alınır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Anayasa 90. maddesine yapılan bu düzenlemeyle AİHS ve AİHM kararları, hukuk sistemimizle bütünleşmiş ve sistemin bir parçası hâline gelmiştir. Dolayısıyla, AİHS, bütün kamu otoriteleri ve ulusal mahkemeler için bağlayıcı hükümler içerir. AİHM kararları, ulusal mahkemeler için emsal ve bağlayıcı kararlardır. Bu kararlar, hukuki

⁴⁰² Arslan 2003, a.g.e., s.154 “Cantwell v. Connecticut Davası”

⁴⁰³ Telenbach 2007, a.g.l.

⁴⁰⁴ bkz. 317. dipnot

statü olarak, emredici hukuki norm kategorisine girer⁴⁰⁵. Bu sebeple, AİHS ve AİHM kararları üzerinde durmak gerekir.

AİHS 9. maddesinde “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü⁴⁰⁶”; 10. maddesinde ise “ifade özgürlüğünü⁴⁰⁷” düzenlemiştir. AİHM, ifade özgürlüğünü; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünden daha geniş kapsamlı olarak değerlendirmektedir. İfade özgürlüğü, “kanaat” veya “ görüş” yani bilgilenme sonucu elde edilen kanı, düşünme ve bir değer yargısına varma tarzı ve fikir sahibi olma hususunu ve aynı zamanda haber alıp verme, kanaat sahibi olma ve kanaatlerini açıklama özgürlüğünü kapsar⁴⁰⁸.

AİHM düşünceyi açıklama, haber ve bilgi alma verme hakkına sahip olma özgürlüğünü koruma altına alan 10. maddenin demokratik toplumdaki önemini, bu konuyla ilgili kararların hemen hemen tümünde açıkça ve altını çizerek ifade etmektedir. Mahkemeye göre düşünceyi açıklama özgürlüğü; demokratik toplumun başlıca temel taşlarından, kişinin ilerleyip gelişmesinin ana koşullarından birini teşkil eder. 2. fıkra hükmü saklı kaymak kaydıyla bu özgürlük, sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil; aynı zamanda

⁴⁰⁵ Macovei 2003, a.g.e., s.5

⁴⁰⁶ AİHS 9. maddesi –“ Düşünme, vicdan ve din özgürlüğü

1. Her şahıs düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak din veya kanaat değiştirme, hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve âyin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini izhar eylemek hürriyetini tazammun eder.

2. Din veya kanaatleri izhar etmek hürriyeti demokratik bir cemiyette ancak âme güvenliğinin, amme nizamının, genel sağlığın veya umumi ahlâkın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla tahdit edilebilir.” şeklindedir; T.C. Adalet Bakanlığı Uyap Mevzuat Programı

⁴⁰⁷ AİHS 10. maddesi –“ İfade özgürlüğü

1. Her fert ifade ve izhar hakkına maliktir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmî makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuubahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini bir müsaade rejimine tabi kılmalarına mâni değildir.

2. Kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammun eden bu hürriyetler, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, millî güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya âme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mâni olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, muayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tabi tutulabilir.” şeklindedir; T.C. Adalet Bakanlığı Uyap Mevzuat Programı

⁴⁰⁸ Gözübüyük ve Gölçüklü 2003, a.g.e., s.356

devlet ya da halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir⁴⁰⁹.

Bu çerçevede, keskin ve abartılı dille ifade edilen fikirler koruma altındadır. Özellikle, kamunun tartıştığı ve kamu yararıyla ilgili konularda, siyasi tartışmalarda, seçim tartışmalarında, iktidarda olan politikacılara ve kamu otoritelerine yönelmiş eleştiriler söz konusu olduğunda saldırgan sözcükler kullanılması, sert eleştiriler yapılması doğal kabul edilmektedir⁴¹⁰.

AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası, ifade özgürlüğünü sınırlama sebeplerini göstermektedir. Diğer sınırlamalar yanında, başkalarının şöhret ve haklarının korunması da ifade özgürlüğünün sınırlanma nedenlerinden bir tanesidir. Dolayısıyla, kişilerin onur, şeref ve saygınlıklarının korunmasına yönelik olarak ifade özgürlüğü kısıtlanabilecektir.

AİHM, haklar arasında çelişki doğduğunda bir hakkın öteki karşısındaki üstünlüğünü dikkate alarak, haklar arasındaki çelişkiyi dengeleme eğilimindedir. Bu anlamda, ifade özgürlüğü, her zaman ön plandadır. Bu konuda, “İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindendir, bir toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur⁴¹¹.” ya da “Hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir devlette basın, ayrıcalıklı bir role sahiptir⁴¹².” şeklinde açıklamalar getirerek ifade özgürlüğünün önemine ve üstünlüğüne vurgu yapmıştır⁴¹³.

Daha önce de belirtildiği gibi ifade özgürlüğü, hem bilginin hem de fikirlerin açıklanması ile ilgilidir. Bu sebeple, AİHM olgu (bilgi) ile değer yargıları (kanaat) arasında ayırım yapmış; her iki ifade şeklinin de belirli şartlarda koruma altında olduğunu kararlarında belirtmiştir. AİHM bir kararında, “Olguların varlığı kanıtlanabilir, oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtlanamaz. Değer yargıları açısından kanıtlama talep etmek gerçekleştirilemeyecek bir şey istemektir. Bu AİHS'nin

⁴⁰⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü 2003, a.g.e., s.358, Mah. K. Handyside/İngiltere, 7.12.1976, A 24 § 49; Lingens/Avusturya 8.7.1986, A103 § 41

⁴¹⁰ Macovei 2003, a.g.e., s.18

⁴¹¹ Macovei 2003, a.g.e., s.7, Lingens-Avusturya 1986; Şener-Türkiye 2000; Thoma-Lüksemburg 2001

⁴¹² Macovei 2003, a.g.e., s.7, Castells-İspanya 1992; Prager ve Oberschlik-Avusturya 1995

⁴¹³ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 2004, a.g.e., s.260

teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümü olan fikir özgürlüğünün kendisini ihlal eder” şeklinde karar vererek değer yargılarının da koruma altında olduğunu ortaya koymuştur⁴¹⁴.

Koruma kapsamında olan olguların sınırını tespit, değer yargılarına göre daha kolay kabul edilebilir. Bilginin, olguların gerçek olmaması sadece karalama maksadıyla yapılması hâlinde sınırın aşıldığı kabul edilebilir. Ancak, değer yargıları, ifade özgürlüğü içinde değerlendirildiğinde eleştiri ve ifade hakkı ile hakaret arasındaki sınırı tespit oldukça güçleşmektedir. AİHM, değer yargılarının koruma altında sayılabilmesi için yeterli olgusal zemine dayanması gerektiğine işaret etmiştir. Bu konuda, bir kararında “Bir iddianın değer yargısından ibaret olduğu durumda dahi, yapılan müdahalenin orantısallığı, suçlanan iddia konusunda bir olgusal temel olup olmadığına bağlı olabilecektir. Zira kendisini destekleyecek hiç bir olgusal temeli olmayan bir değer yargısı, aşırıya kaçmış olabilir.” şeklinde açıklama yaparak değer yargılarının koruma kıstasını göstermiştir⁴¹⁵.

AİHM, Thorgeirson davasında, “üniformalı canavarlar”, “bar fedailer”, “zihinsel yaşı yeni doğmuş kişiler”, “kabadayılık etmek”, “sahtekârlık”, “beceriksizlik” şeklindeki her biri ayrı ayrı sövmeye olarak kabul edilebilecek ifadeleri, polisin bir reformdan geçirilmesini teşvik etmek amacıyla yapıldığından bahisle, ifade özgürlüğü kapsamında kabul etmiştir⁴¹⁶. Bu çerçevede AİHM, sözleşmenin 10. maddesinin yalnızca düşünce ve bilginin içeriğini değil aynı zamanda onun ortaya konuluş biçiminin de korunduğunu kabul etmektedir⁴¹⁷.

Bunun yanında AİHM, politik tartışmalar sırasında kullanılan “budala”, “şeytan”, “kaba” ifadeleri saldırgan olarak kabul etmesine karşın, karşılıklı kışkırtmalarda bu tür ifadelerin kullanılmasının kabul edilebilir olduğunu, bu durumda bu sözler sebebiyle kişinin cezalandırılmayacağına karar vermiştir⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Macovei 2003, a.g.e., s.10, Lingens-Avusturya 1986; Jerusalem-Avusturya 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya 2002; Gözübüyük ve Gölçüklü 2003, a.g.e., s.361

⁴¹⁵ Macovei 2003, a.g.e., s.11, Jerusalem-Avusturya 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya 2002

⁴¹⁶ Macovei 2003, a.g.e., s.19, Thorgeirson-İzlanda 1992

⁴¹⁷ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 2004, a.g.e., s.267

⁴¹⁸ Macovei 2003, a.g.e., s.20, Oberschlick-Avusturya (2) 1997

Ancak, AİHM, 1999 tarihli bir kararında, iki belediye zabıtasına ağır ifadelerle hakaret eden başvurucunun yargılanarak cezalandırılmasında sözleşmeye aykırılık görmemiştir⁴¹⁹.

Yargıtay, ifade özgürlüğünü, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmektedir. Ancak Yargıtay’a göre bu hak, sadece somut bir fiil veya olgu isnatları için geçerlidir. Herhangi bir saldırgan sözü, sövme olarak kabul edilen bir ifadeyi, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemektedir. Yargıtay, Söz konusu sövme kabul edilen ifadeler bir olgusal temele dayanmış olsa da ve bu olgu ifade özgürlüğü içinde değerlendirilebilecek bir durumda kabul edilse de sövme suretiyle hakaret suçunun oluşmasına engel olmayacağını kabul etmektedir. Yargıtay bir kararında, “sanığın, kocasıyla şahsi davacıyı zina yaptıkları sebebiyle şikâyet ettiği, zina olgusunu anlatırken şahsi davacı hakkında “hayat kadını”, “asalak” gibi sözlerin yazılmasında zorunluluk bulunmadığı gerekçesiyle sövme suçunun oluştuğuna karar vermiştir⁴²⁰.

Düşüncenin ifade edilmesi, açıklanması, alanlarına ve kullanılan usullere göre bir dizi farklı özgürlüğe denk düşer. Alanlarına göre, ilim ve sanat yayma hakkı, tarihi olayları aydınlatma, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. Kullanılan usullere göre, gazete, kitap, dergi vb. biçiminde basın ve yayın yoluyla, ifade özgürlükleri kullanılabileceği gibi; radyo, televizyon, internet, tiyatro şeklinde görsel, işitsel yollarla da ifade özgürlüğü kullanılabilir. Söz konusu usuller, ifade özgürlüğünün ana amacını gerçekleştirmeye yönelik araçlar olduğundan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. Yine, toplantı, gösteri, dernek, vakıf gibi oluşumlar da ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesi aracı olarak kullanılabilir⁴²¹.

Anayasa’nın 27. maddesinde “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.” düzenlemesi yapılmıştır⁴²².

⁴¹⁹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 2004, a.g.e., s.267

⁴²⁰ Çetin 2007, a.g.e., s.262, Yargıtay 4. CD 02/07/1997 gün 4540-4046

⁴²¹ Kaboğlu 2002, a.g.e., s.335

⁴²² Anayasa’nın 27. maddesi –“ Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Bilim ve sanat eseri ile bir kimsenin şeref ve haysiyeti çeşitli şekillerde ihlâl edilebilir. Bir roman veya tiyatro eseriyle, bir kimsenin şeref hakkı ihlâl edilebileceği gibi fotoğraf, resim veya karikatürle bir kimsenin şeref ve haysiyeti rencide edilebilir. Bu tür durumlarda işlenen konu ve kullanılan aracın, sınırın tespitinde önemli olacağı açıktır. Bir karikatürle, bir tiyatro eseriyle veya bir romanla ortaya konulan ifadeler aynı kıstaslara tabi tutulamaz. Mesela, karikatür, “bir kişiyi onun edebi tarzını vb.; mizahi bir maksatla onun kişisel görünümünü ya da üslubunu abartmak suretiyle kasti olarak çarpıtılmış bir şekilde resmetmek ya da benzerini yapmaktır. Bir karikatürün çekiciliği, çoğu zaman karikatürle eleştirilen kişinin fiziksel özellikleri veya bazı düşünceleri üzerine bu özellikleri veya düşünceleri küçümseme, komikleştirme, alaya alma şeklinde ortaya çıkmasından kaynaklanır. Karikatürün bu özelliği dikkate alındığında, karikatürde alaycı, küçümseyici ifadelerin yer alması hatta kişinin fiziksel özellikleri üzerine saldırıda bulunulması doğaldır. Bu tür durumlar, karikatür için ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bir roman için veya bir makale için sınırlar, karikatür kadar geniş değildir. Yargıtay mizahın küçültücü değer yargısı içermemesi ve gülünç duruma düşürme amacı olmaması şartıyla, mizah yoluyla yapılan eleştirilerin sert ve sarsıcı olabileceğini kabul etmektedir⁴²³.

Bilim ve sanat eserlerini AİHM, fikir ve kanaat alışverişine temel bir katkı, demokratik bir toplumun vaz geçilmez bir unsuru olarak kabul etmektedir. AİHM; Sanatsal özgürlüğün, serbest dolaşımının sadece demokratik olmayan toplumlarda kısıtlandığını kabul etmektedir. Bu konuda, “Sanatçı, yaratıcı eser aracılığıyla dünya üzerine kişisel vizyonunu dile getirmekle kalmaz; aynı zamanda içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın, günün

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.” şeklindedir.

⁴²³ “Çizgi yerine fotoğraf kullanılarak meydana getirilmiş bir tür karikatür olan dava konusu resmin yayımlandığı “G.Ç.” adlı derginin salt mizah dergisi olmayışıda göz önünde bulundurulduğunda, resimde kamu görevi yapmakta olan katılan hakkında “çirkef, lağım, kolayca aldatılan, aptal, saf (kişi) anlamına gelen “keriz” sözcüğünün kullanılması suretiyle katılan hakkında incitici ve küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu ve eylemde hukuka uygunluk sınırının aşıldığı gözetilmeden yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 4. CD., 14/11/20062005/9531 E. 2006/16278 K., (Arisoy 2007, a.g.e., s.178)

temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir⁴²⁴.” Şeklinde açıklama yaparak bu konuların ifade özgürlüğü içerisindeki değerini ortaya koymuştur.

Tarihi olayları aydınlatma, anlatma hakkı da tarih bir bilim dalı olduğundan Anayasa’nın 27. maddesi kapsamında değerlendirilir. Tarihi olayların açıklanmasında, kamu yararının bulunduğu açıktır. Tarihi olayların açıklanması ilmî bir değere sahip olması hâlinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar tarihi olayların anlatılmasında, ilmî değere sahip olma ölçütü, “belirli” olmasa da, olayın gerçek olması, tarih ilim metotlarına uygun olarak açıklama yapılması, olayın aydınlanması için yararlı bilgilerin açıklanmış olması kıstas olarak belirlenebilir⁴²⁵. Ancak, tarihin değerlendirilmesi, her zaman aynı kıstaslara bağlı olmadığından söz konusu kıstasların, sınırlama için yeterli olup olmadığı tartışılabilir. Çok açık bir tahkir ve yanıltma içermediği sürece, tarihi olayların açıklanması veya anlatımını, hakkın kullanılması kapsamında saymak gerekir.

Düşünce özgürlüğünün ortaya çıkmasında iletişimin önemi her zaman vurgulanmıştır. Kişilerin kanaatlerinin oluşması için haber almaları gerekir. Bu sebeple düşünce özgürlüğü içinde yer alan haber alma ve verme hakkı ayrıca değerlendirmeye değerdir. Demokratik toplumlarda yazılı, görsel ve işitsel medya ayrıcalıklı olarak kabul edilmekte ve ifade özgürlüğünün kullanılmasında ayrı kıstaslara tabi tutulmaktadır.

Haber verme hakkı, esas itibariyle basın özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Basın özgürlüğü, Anayasa’nın 28. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir⁴²⁶. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir kullanım biçimi olan basın özgürlüğü, düşünce ve kanaatlerin izne ve sansüre tabi olmaksızın basın yolu ile serbestçe yayılabilmesi olarak tanımlanabilir. Basın özgürlüğüne, zaman içinde haberlerin, düşünce ve kanaatlerin; radyo, televizyon, internet, cep telefonu gibi basın dışındaki kitle iletişim

⁴²⁴ Macovei 2003, a.g.e., s.14 Otto-Preminger Institute 1994

⁴²⁵ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.303

⁴²⁶ Anayasa’nın 28. maddesi – “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.” şeklindedir.

araçları ile de yapılabilmesi sonucunda hepsini içeren bir üst kavram olarak “iletişim özgürlüğü” denmiştir⁴²⁷. Yine, bu araçların tümüne “medya” denmektedir.

Her ne kadar basın ve yayın ile görsel ve işitsel araçlarla yapılan yayınlar aynı hukuki rejime tabi olmasa da konumuz açısından, haber, bilgi ve kanaatleri iletme her iki araç grubu için de esaslı işlev olarak kabul edildiğinden haber verme ve alma hakkı için “iletişim özgürlüğü” doğru bir ifadedir. Ancak TCK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasının g bendi dikkate alınarak bu konuda “Basın ve yayın” kavramının kullanılmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Basın ve yayın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün kullanılmasının bir aracı olarak; kamuoyunun oluşmasında ve yönetenlerin denetlenmesinde önemli yeri sebebiyle, özgürlüklerin en önemli güvencelerinden sayılmıştır. Bu sebeple, demokratik toplum olmazsa olmaz gereği olarak görülür⁴²⁸. Yine bu sebeplerle iletişimin bir hak olması yanında, medya için, haber vermenin bir görev ve ödev olduğu kabul edilir; AİHM de basının böyle bir ödevinin bulunduğunu kabul etmektedir⁴²⁹. Eleştiri hakkı da kaynağını düşünce özgürlüğünden alır ve iletişimin en önemli şekillerinden biridir.

Haber verme ve haber alma hakkı, olayların sadece yalın olarak öğrenilmesi değil kişilerin olaylara yönelik inceleme, yorumlama, görüş açıklama ve eleştiri yapabilme; bunları yayabilmenin varlığı ile gerçekleşebilir. Bu sebeple, haber verme hakkı beraberinde eleştiri yapabilme, görüş belirtebilme, inceleme ve araştırma yapabilme haklarını da içerir⁴³⁰.

Haber verme hakkının, medya dışında bir gruba veya bireylere tanınıp tanınmayacağı hususu tartışmalıdır. Erman-Özek, bu hakkın bireylere tanınmasının dedikodu yapma hakkı tanınması anlamına geleceğini; bu sebeple bireyler için bu hakkın tanınamayacağını, haber vermenin bireyler için hakkın kullanımı hukuka

⁴²⁷ Özkorkut, Nevin Ünal, **Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti'ndeki Görünümü**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.: 51, S.: 3, Ankara 2002, s.65; Kaboğlu 2002, a.g.e., s.502

⁴²⁸ Özkorkut 2002, a.g.e., s.66

⁴²⁹ Selçuk, Sami. **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1998. s.36; Macovei 2003, a.g.e., s.14

⁴³⁰ Yazıcıoğlu, Yılmaz, **Haber Verme Hakkının Hakaret Suçları Bakımından Sınırları**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma, 1999, s.668

uygunluk sebebi sayılamayacağını kabul etmektedir⁴³¹. Ancak, internet ve cep telefonu kullanımının yoğunlaştığı, bireylerin “internet sitesi” sahibi olduğu günümüzde, ifade özgürlüğünün her bireye tanınan bir hak olması da dikkate alınarak, kamu yararı bulunan haberler hakkında ve şartları oluştuğunda haber verme hakkının bireylere de tanınması gerektiği kabul edilebilir.

Haber verme hakkı, kişilik hakkıyla çatıştığında bu iki hak arasında hassas bir denge kurulmalıdır. Bu sebeple haber verme hakkının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için söz konusu haberde bazı unsurların mevcut olması gerekir. Gerek öğretide, gerek uygulamada ve Yargıtay kararlarında⁴³² bir açıklamanın haber niteliği taşıması ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için haberin gerçek olması, güncel olması, haberde kamu yararının bulunması ve haberle işlenen suç arasında düşünsel bir bağın bulunması gerektiği kabul edilmektedir.

aa. *Haberin Gerçek Olması*

Haber verme hakkı, gerçek olan olayları duyurmak için tanınmıştır. Gerçek olmayan, hayal mahsulü haber varsa, diğer şartların oluşup oluşmadığına bakmak gerekmez⁴³³.

Olayın gerçekliği, verildiği zamandaki bilinen şartlara göre değerlendirilir. Haberin verilmesinden sonra gelişen şartların, haberi gerçek olmaktan çıkarması durumu değiştirmez. Haberi veren, hukuka uygunluk sebebinden faydalanır. Medya mensubunun görevi, haberin verildiği andaki durumu araştırmaktır. Medya mensubundan, çok titiz bir araştırma yapması beklenemez. Ancak, kendisinden beklenen asgari özeni ve asgari araştırmayı yapmak zorundadır. Hiç araştırma yapmadan gerçek olmayan haberin yayınlanması haberciyi sorumluluktan kurtarmaz⁴³⁴.

⁴³¹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.305

⁴³² “Haberin gerçekliğinin saptanması, haberin gerçek olduğu ortaya çıktığı halde okurların gereksiz merak duygularını doyurma yerine bu haberin halk tarafından bilinmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığının araştırılması, bulunduğu kabul edildiğinde ise haberin içeriği düşünceyle bağlantısı olmayan küçültücü değer yargılarının habere eklenip eklenmediğinin tespit edilmesi gerekir.” Yargıtay 4 CD 25/11/1992 6879/7326 (Yazıcıoğlu 2003, s.673)

⁴³³ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.305

⁴³⁴ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.201; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.306; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.426; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.63

Ancak, medya mensubu, temin ettiği haberi hemen bağlı olduğu kuruluşa göndermek, diğer gazetecilerden önce davranmak, haber atlamamak, diğer medya mensuplarından hızlı davranmak telaşı içindedir. Elindeki haberin, doğru olup olmadığını araştırarak ne zamanı ne de imkânı vardır. Bu sebeple, var olan zaman ve imkân çerçevesinde elde ettiği sonuçlara göre haberin doğru olduğuna inanarak haberin yapılması hâlinde, haber gerçek olmasa da hukuka uygunluk sebebinden faydalanmalıdır. Özellikle günlük gazetelerde, haberin bir gün geç verilmesinin, haberin güncelliğini yitirmesine sebep olduğu dikkate alındığında, habercinin sınırlı zamanının olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ancak, yukarıda da değinildiği gibi bu durum, medya mensuplarına, hiç bir araştırma yapmadan haber yapma hakkı vermez⁴³⁵. Medya mensubu, o zamanki mevcut şartlara göre gerekli araştırmayı yapmış, medya mensubundan beklenen özeni göstermişse gazeteci, kaçınılmaz nitelikte bulunan hatasından yararlanmalı (TCK 30/3) ve hukuka uygunluk sebebinden faydalanmalıdır⁴³⁶. AİHM, “Haber bozulabilir mal kategorisine girer ve yayınlanmasının kısa bir süre için bile olsa gecikmesi, haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldırabilir.” şeklinde açıklama yaparak gazetecinin makul ölçüde araştırma yapması ve haberin doğru olduğunu zannetmesi ve bu konuda iyi niyetli olmasını yeterli saymış, bu gibi hâllerde gazetecinin sorumlu tutulamayacağını kabul etmiştir⁴³⁷. Ancak, gazetecinin yanılması sadece maddi olgulara ilişkin hususlardaki yanılmalar bakımından dikkate alınmalıdır. Gazetecinin hukuki konudaki yanılmaları ise herhangi bir değer ifade etmez ve hata olarak kabul edilemez⁴³⁸.

Medya mensubu, haberin gerçek olup olmadığını araştırma imkânına sahip değilse, medya mensubunun araştırma yapma yetkisi yoksa, artık medyadan araştırma yapması beklenemez. Örneğin, resmi bir açıklamayı yayınlayan medyanın, bu açıklamanın doğru olup olmadığını araştırma yetkisi bulunmaz⁴³⁹.

AİHM, ifade özgürlüğü konusunda medyaya özel statü tanımıştır. Basını, siyasi hayatın bekçisi saymakla, kamuyu ilgilendiren her konuda medyanın özel statüsünü

⁴³⁵ Özel 2003, a.g.e., s.98

⁴³⁶ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.63

⁴³⁷ Macovei 2003, a.g.e., s.68, 128 Sunday Times (2)-Birleşik Krallık 1991

⁴³⁸ Yazıcıoğlu 2003, a.g.e., s.675

⁴³⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.310

koruduğunu kabul etmektedir. Bu sebeple, medyaya, bu konularda geniş müsamaha gösterilmesini ve esnek davranılmasını istemektedir⁴⁴⁰.

AIHM, Thorgeirson davasında, medyanın polise yönelik olarak ağır eleştiri taşıyan farklı kaynaklardan derlenmiş, halktan kaynaklanan söylentilerden (dedikodu) söz eden ve herhangi bir şekilde ispatlanamayan iddialar hakkında verdiği kararında; doğruluk şartının makul olmayan hatta olanaksız bir talep olduğunu ve medyanın sadece bütünüyle ispatlanmış olguları yayınlama zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılması hâlinde hemen hemen hiçbir şey yayınlamayacağını belirtmektedir. AIHM, bu düşünceleri, halkı ilgilendiren kamusal tartışmalar bağlamında ifade etmiştir⁴⁴¹.

AIHM, yine bir kararında, “Bir gazetecinin, bir başkasının ileri sürdüğü bir iddianın yayınlanmasına yardım ettiği için cezalandırılması ... basın, kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına katkısını ciddi biçimde engeller; özel olarak güçlü nedenler bulunmadığı sürece, bu tür cezalandırma düşünülmemelidir⁴⁴².” şeklinde açıklama yaparak, başkalarına ait iddiaların yayınlanmasında kamu yararı varsa medyanın herhangi bir araştırma yapmadan da bu tür haberleri yayınlayabileceğini belirtmiştir. AIHM, değer yargılarının da ifade özgürlüğünden haber alma hakkından faydalanabileceğini, hatta değer yargılarının ispatının mümkün olmaması sebebiyle ispatın talep edilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu konuda, “Bir gazetecinin, doğruluğunu kanıtlayamadığı sürece eleştirel değer yargılarını ifade etmesinin engellenmesi kabul edilemez bir şeydir.” açıklamasını yapmıştır⁴⁴³. Bu karar, hakaret suçları açısından büyük önem taşımaktadır. AIHM içtihatlarına göre, değer yargıları ve eleştirel yorumlar hakkında konunun gerçek olup olmadığına bakılamayacaktır. Olgular hakkında ise AIHM, “medyaya yanlışlar konusunda nefes alınacak bir alan” tanıma adına iyi niyet savunmasını kabul etmiştir. Yukarıda da sözü edilen Dalban davasında AIHM, “yazılarda sunulan yazılar zincirinin bütünüyle yanlış olduğuna ve G.S. hakkında bir iftira kampanyası başlatmak üzere tasarlandığına dair hiçbir kanıt yoktur.” şeklinde açıklama yapmıştır ve burada iyi niyet savunmasını, gerçeği ispat etme savunmasının yerine ikame etmiştir, gazeteci gerçekten meşru bir amaca hizmet

⁴⁴⁰ Macovei 2003, a.g.e., s.12-13

⁴⁴¹ Macovei 2003, a.g.e., s.14

⁴⁴² Macovei 2003, a.g.e., s.15, Jersild-Danimarka 1994; Thoma-Lüksemburg, 2001

⁴⁴³ Macovei 2003, a.g.e., s.11, Dalban-Romanya, 1999

ediyorsa, halkı ilgilendiren bir konu varsa ve konuyu doğrulamak için makul bir çaba gösterildiyse olgular gerçeğe aykırı çıkmış olsa bile medya sorumlu tutulamayacaktır⁴⁴⁴.

bb. *Haberin Güncel Olması*

Medyanın haber verme hakkı ve görevinden maksat, kamuoyunu bilgilendirmek ve kamuoyunun oluşmasına katkıda bulunmaktır. Eğer, haber güncel değilse ve kamuyu ilgilendirmiyorsa, medyanın böyle bir hakkı kullandığı ve görevi yerine getirdiğinden bahsedilemez. Kamuyu ilgilendirmeyen bir konu veya güncelliğini kaybetmiş, bu sebeple haber olarak verilmesinde hiç bir kamu yararı bulunmayan bir olayın medya tarafından gündeme getirilmesinin hiçbir değeri ve yararı olmaz. Bu sebeple, bu niteliklere sahip olmayan bir haber, eğer bir kimsenin onur ve saygınlığını rencide etmişse, artık hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilemez⁴⁴⁵.

Haberin güncel olmasından maksat, olayın meydana gelmesi anı veya daha sonraki kısa bir zaman dilimi olarak kabul edilmemektedir. Çok eskiden meydana gelmiş bir olay, herhangi bir sebeple tekrar güncel hâle gelebilir ve haber niteliği kazanabilir⁴⁴⁶. Örneğin, bir suçun yoğun bir şekilde işlenmesi, eskiden işlenen aynı tür suçları, güncel hâle getirebilir⁴⁴⁷. Bir siyasetçinin veya bürokratin geçmişi, güncellik taşıyabilir. Bir maçın oynanması veya bir devlet adamının ziyareti, daha önce yapılmış bir maçtan veya bir ziyaretten bahsedilmesini gerektirebilir ve bu konulardaki eski bir olay güncel hâle gelebilir.

AIHM, kamuyu ilgilendiren olaylar ve kamunun ilgilendiği kişiler (bürokratlar, siyasetçiler, polisler, hâkimler vb.) hakkında yapılan tartışmalar sırasında eski olay ve davranışların güncel hâle gelebileceğini bu tür tartışmalarda olabildiğince hoş görülmesi gerektiğini kabul etmektedir. AIHM Thoma davasında, politikacılarla benzer

⁴⁴⁴ Macovei 2003, a.g.e., s.11

⁴⁴⁵ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.311

⁴⁴⁶ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.232; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.426

⁴⁴⁷ “Türk toplumunun siyasi, sosyal ve ekonomik yapısına olumsuz etkileri nedeniyle “kaçakçılık” olayı veya olayları “güncel” olaylar içindeki yerini sürekli korumaktadır. Kararın verildiği şu günlerde dahi, basının kaçakçılık olaylarına haber ve yorumlarında öncelikle yer verildiği görülmektedir... Bu nedenle davalının arasından, çok uzun bir süre geçmiş olsa bile (8-10 sene) yer altı dünyasının yasa dışı işlere karışmış bir eski silah kaçakçısının ihbar mektubunu (veya ifadesini) gündeme getirmesi meslek görevi olarak kabul edilmelidir. Bugün dahi, güncelliğini koruyan böyle bir yayının ... ele alınması olumlu bir davranıştır. Yargıtay 4. HD. 301.1.1984, 5561/7982 (Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.311)

biçimde, resmi yetkilerini kullanmakta olan kamu görevlileri için de eleştirinin sınırlarının, sıradan yurttaşla göre daha geniş olduğunu belirtmektedir⁴⁴⁸.

Öğretide eski olayların güncellik kazanamayacağını; eski olayların gündeme getirilmesinin, tarihi olayları açıklama ve ilim yaymak hakkı kapsamında değerlendirilebileceğini; ancak, haber verme kapsamı içinde değerlendirilemeyeceğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁴⁹.

Haberin güncel olması, haberde kamu yararının bulunmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Eğer bir haberin verilmesinde kamu yararı varsa haber kamuoyunun oluşmasına katkıda bulunacak özellikleri taşıyorsa aynı zamanda haberin güncel olduğu da söylenebilir. Örneğin, siyasi tartışmalar sırasında eski bazı olayların veya olguların gündeme getirilmesi mümkündür. Eğer, bu olayların gündeme getirilmesinde kamu yararı olduğu kabul ediliyorsa güncel olduğu da kabul edilmelidir.

cc. *Haberde Kamu Yararının Bulunması*

Medyanın haber verme hakkından kaynaklanan hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilmesi için, verilen haberde kamu yararının bulunması ve haberin kamuoyunun oluşumuna katkıda bulunması gerekir. Kişinin şeref ve saygınlığının korunmasından vazgeçilebilmesi için üstün bir hakkın bulunması şarttır. Haber verme hakkı kapsamında kamu yararı, üstün hak olarak kabul edilir. Eğer haberde kamu yararı yoksa o haberin verilmesinin kişinin şeref ve saygınlığından üstün olduğu kabul edilemez⁴⁵⁰. Haberde, kamu yararı bulunup bulunmadığı; kamu yararı bulunsa bile, haberin niteliğine göre hangi hakkın üstün olduğu hâkim tarafından tespit edilecektir⁴⁵¹.

Kamu yararı; kamunun gereksinimleri veya ulusal birliğin, devletin gereksinimleri ile ilgili olan ve bunları karşılayan; topluma, halka, devlete kazanımlar sağlayan yarar olarak tanımlanabilir⁴⁵². Bir haberde, hangi hâllerde kamu yararının bulunduğu, belirli bir dönemde ve toplumda geçerli olan ahlak ve hukuk kaidelerine

⁴⁴⁸ Macovei 2003, a.g.e., s.70

⁴⁴⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.311; Çetin 2007, a.g.e., s.265

⁴⁵⁰ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.312

⁴⁵¹ Çetin 2007, a.g.e., s.265

⁴⁵² Çiftçi 2002, a.g.e., s.6

göre belirlenir. Toplumdaki ahlak ve hukuk kurallarıyla ilgili her haberde, kamu yararı bulunduğu kabul edilir. Hukuk kurallarının tespiti konusu, belirlidir ve kısmen kolaydır. Ancak, ahlak kurallarının belirlenmesinde zorluk olduğu ortadadır. Kamu yararının tespitinde kullanılacak ahlak kuralları, toplumda genel kabul gören ahlak kuralları olarak sınırlanabilir. Hukuk ve ahlak kurallarının korunmasına yönelik haberlerin, toplum düzenini dolayısıyla kamuoyunu ilgilendirdiği açıktır. Toplumun güvenliğinin ve düzeninin sağlanabilmesi için bu konularda toplumun bilgilendirilmesi gerekir⁴⁵³. Dolayısıyla, toplumun sadece merak duygusuna hitap eden haberde, kamu yararı bulunduğu kabul edilemez⁴⁵⁴.

Haberde kamu yararının bulunup bulunmadığı, habere konu olan olay veya olaydaki kişi; olayda bahsedilen kişilerin kimlikleri, toplumda gördükleri görev, toplumdaki yerleri, konumları ve önemleri, dikkate alınarak tespit edilebilir. Habere konu olay, toplumu ne ölçüde ilgilendiriyorsa yine habere konu kişinin sosyal mevki ne kadar yüksek veya sosyal pozisyonu ne ölçüde önemliyse bu olay veya kişi hakkındaki haberde o derece kamu yararı ve ilgisi var kabul edilir⁴⁵⁵. Bu açıdan sanatçı, politikacı, sporcu, üst düzey yönetici (bürokrat), iş adamı gibi kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatları, kısmen haber konusu olabilir. Bu tür kimselerin özel hayatları; sosyal hayatları, sağlık durumları, diğer kimselere nazaran daha geniş bir çerçevede haber olarak kamuya sunulabilir⁴⁵⁶. Örneğin, bir siyasetçinin milletvekili adayı olması hâlinde, bu kişinin eskiden 5 yıl veya 10 yıl önce hırsızlık yaptığını belirtmekte kamu yararı vardır. Oysa böyle bir haber, kamuya mal olmamış herhangi bir kişi hakkında verildiğinde, haberde kamu yararı olduğu kabul edilemez.

dd. Haberle Suç Arasında Fikri Bağın Bulunması

Bir olay, haber olarak aktarılırken veya bir kişi hakkında haber yapılırken, konunun açıklanması için, kişilik haklarına saldırı teşkil edecek gerekli ve yararlı

⁴⁵³ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.312; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.232; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.64

⁴⁵⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.313

⁴⁵⁵ Yazıcıoğlu 2003, a.g.e., s.677

⁴⁵⁶ Çiftçi 2002, a.g.e., s.4

olmayan ifadelerin kullanılmaması gerekir⁴⁵⁷. Haber verilirken bir kimsenin şeref ve saygınlığını rencide edecek ifadelerin, özenle tartılması; verilen haberin özü ile biçimi arasında denge kurulması, konu ile ifade arasında mantıklı bir zihni bağıllık bulunması gerekir⁴⁵⁸.

Kamu yararı bulunan gerçek ve güncel bir olayın veya olgunun, herhangi bir yorum ve değer yargısı eklenmeden haber olarak verilmesi hâlinde, haber, ilgili kişinin şeref ve saygınlığını rencide etmişse de haberde hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu kabul edilecektir. Bu gibi durumlarda, genellikle herhangi bir sorun bulunmaz. Ancak, haber verilirken habere yorum ve değer yargıları eklenmesi, eleştiri yapılması ve bu yorum ve değer yargılarının hakaret teşkil etmesi hâlinde dengenin çok iyi kurulması, ifade hürriyeti ile kişilik hakları çatışmasının dikkatli ve özenle analiz edilmesi gerekir.

Öğretide bir kısım yazarlar ve Yargıtay, habere bir takım değerlendirmeler eklenmesi durumunda eğer haberde ilgili kimsenin şeref ve saygınlığına saldırı oluşturacak ifadeler bulunuyorsa; fikri bağın bulunmadığını, haber verme sınırlarının aşıldığını ve haber verme amacının dışına çıkıldığını kabul etmektedir⁴⁵⁹. Yargıtay, bir haberin içeriğinde “Gözünüzü toprak doyursun⁴⁶⁰” şeklindeki bir ifadenin, yine “Bu şahıstan ve yaptıklarından camiamız adını taşıdığı için utanç duyuyoruz⁴⁶¹” biçimindeki ifadelerin, eleştiri sınırını aşan, onur kırıcı ve küçük düşürücü yargılar olması sebebiyle haber verme hakkı sınırının aşıldığını ve hakaret suçunun oluştuğunu kabul etmiştir. Bunun yanında, sövme seçimlik hareketiyle yapılan şeref ve saygınlığa saldırı hâllerinde, haber verme hakkının söz konusu olamayacağı genellikle kabul edilmektedir⁴⁶².

AIHM ise daha önce de belirttiğimiz gibi, kanaatlerin ve değer yargılarının da haber verme hakkından faydalanılabileceğini kabul etmektedir. Değer yargıları, haberin

⁴⁵⁷ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.315; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.233

⁴⁵⁸ Özel 2003, a.g.e., s.98

⁴⁵⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.315

⁴⁶⁰ Arısoy 2007, a.g.e., s.176, Yargıtay 4. CD 18/9/2006, 2005/7706

⁴⁶¹ Arısoy 2007, a.g.e., s.177, Yargıtay 4. CD 31.1.2006, 2004/1315, 2006/1048; (Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.233)

⁴⁶² Rüşvet ve benzeri iddialara haber çerçevesinde yansıtmakla yetinilecek yerde, katılanı küçük düşürücü kişisel değer yargılarını da ekleyerek yayında bulunan sanıkların, haber yayınlama hakkının sınırlarını aştıkları ve suçun olduğu gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Yargıtay 4. CD 22.11.1990 5181/6275 (Çetin 2007, a.g.e., s.266); (Arısoy 2007, a.g.e., s.177)

gerçek olma şartından da muaftır. AİHM'ye göre, değer yargılarının ispatlanması istenemez. AİHM, değer yargılarını ifade özgürlüğü kapsamında korurken, değer yargılarının yeterli bir olgusal zemine yaslanması gerektiğini kabul etmektedir. Bu konuda AİHM bir kararında, “Bir iddianın bir değer yargısından ibaret olduğu durumda dahi, yapılan müdahalenin orantısallığı suçlanan iddia konusunda yeterli bir olgusal temel olup olmadığına bağlı olabilecektir. Zira kendisini destekleyen hiç bir olgusal temeli olmayan bir değer yargısı dahi aşırıya kaçmış olabilir⁴⁶³”, ayrıca, “Basın söz konusu olduğunda, bu ilkeler özel bir önem taşır. Her ne kadar basın, başka şeylerin yanı sıra “kişinin şöhretinin korunması” bakımından da konulmuş sınırları aşmamakla yükümlü olsa da kamu çıkarı ile ilgili olan başka alanlarda olduğu gibi siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamak basının görevidir. Sadece basının bu tür bilgi ve fikri açıklama görevi yoktur; halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır. Bu bağlamda, AİHM'nin, Viyana İstinaf Mahkemesi'nin kararında dile getirilen şu kanaati kabul etmesi mümkün değildir: Basının görevi, bilgi vermektir, bunun yorumu ise esas olarak okuyucuya bırakılmalıdır⁴⁶⁴...” şeklinde açıklamalar yaparak olguyla bağlantılı, yani olgusal temeli bulunan değer yargılarını da haber verme özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir.

Bunların yanında AİHM, saldırgan nitelikli değer yargılarını da kimi hâllerde korumaktadır.

Yine mahkeme, söylentilerin yayınlanmasını, habercinin başkalarından yaptığı alıntıları yayınlamasını da kimi hâllerde koruma altına almıştır⁴⁶⁵. Bu konuda AİHM bir kararında, “Bir gazetecinin bir başkasının ileri sürdüğü bir iddianın yayınlanmasına yardım ettiği için cezalandırılması... basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına katkısını ciddi biçimde engeller. Özel olarak, güçlü nedenleri olmadığı sürece bu tür bir cezalandırma düşünülmemelidir⁴⁶⁶” Şeklinde karar vererek alıntılarının da belli şartlarda koruma kapsamı içerisinde olduğunu kabul etmiştir. Yine Thoma davasında “Gazetecilerin, başkalarına karşı hakaret veya kışkırtma gibi görülebilecek ya da başkalarının şöhretlerine hâlel getirebilecek bir alıntıyı yaparken söylenenle aralarına

⁴⁶³ Macovei 2003, a.g.e., s.11 Jerusalem-Avusturya 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya 2002

⁴⁶⁴ Macovei 2003, a.g.e., s.13 Lingens-Avusturya 1986

⁴⁶⁵ Macovei 2003, a.g.e., s.15

⁴⁶⁶ Macovei 2003, a.g.e., s.15, Jersild-Danimarka 1994; Thoma-Lüksemburg 2001

sistematik ve formel biçimde mesafe koyması gerektiği yolunda genel bir talep, basın'ın güncel olay, fikir ve kanaatler konusunda bilgi vermeye ilişkin rolü ile bağdaştırılmaz⁴⁶⁷ şeklinde karar vererek medyanın fikir ve kanaatlerini hemen hemen her konuda yayımlayabileceğini kabul etmiştir.

Belirli haberlerin verilmesini kanun, yasaklayabildiği gibi, belli konularda yetkili organlar da yayın yasağı koymuş olabilirler. Bu durumlarda da yasaklara uymayan kimseler, hukuka uygunluk sebebinden faydalanamazlar. Söz konusu yasak Basın Kanunu'ndan kaynaklanabileceği gibi Ceza Kanunu vs. gibi kanunlardan da kaynaklanabilir⁴⁶⁸.

Kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren konular da haber verme hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Öncelikle, kişilik hakları, kişilerin özel yaşam hakları Anayasa tarafından korunmaktadır. Anayasa'nın 20. maddesine göre herkes başkalarının özel hayatlarına saygı duymak zorundadır. Öğreti ve uygulamada genel kabul gören görüşe göre kişilerin özel hayatları başlıca üç alandan oluşur. Bunlar; ortak alan, özel alan ve gizli alanlardır. Ortak alan, başkalarının bilmesinde herhangi bir sakınca görülmeyen ve topluma açık olan olaylardan oluşur. Bu alan, ilke olarak bir hukuki koruma altında değildir. Özel alan ise bir kimsenin yalnız dostları, ailesi, arkadaşları gibi kişilerle paylaştığı olgulardan oluşan hayat alanıdır. Kişinin mesleki hayatı, ailevi hayatı kişinin özel hayatıdır. Mesela, bir kişinin kim ile nişanlandığı onun özel hayatıdır. Bu alan, koruma altındadır. Kişinin gizli alanına ise, kişinin sırları, duyguları, ümitleri, korkuları, hastalıkları girer. Bu alan her türlü müdahaleye karşı koruma altındadır⁴⁶⁹.

Hangi hâllerde kişilerin özel alanlarına müdahalelerin hakkın kullanılması kapsamında kalacağı, o kimsenin kamuyu ilgilendiren, kamuya mal olmuş kişi olup olmamasına göre değerlendirilmelidir. Sanatçı, politikacı, sporcu, üst düzey yönetici, iş adamı gibi kamuya mal olmuş kişilerle, böyle olmayan sıradan kimseler arasında ayırım yapılmalıdır. Kamuya mal olmuş kişilerin ortak alanları oldukça geniş, özel ve sır

⁴⁶⁷ Macovei 2003, a.g.e., s.15

⁴⁶⁸ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.314; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.233

⁴⁶⁹ Çiftçi 2002, a.g.e., s.4

alanları ise oldukça dardır. Bu itibarla kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatı, sağlık durumları, sosyal hayatı hakkında bilgiler medya tarafından daha geniş olarak sunulabilir⁴⁷⁰.

AİHM de özel hayatın ve özellikle kişilerin, diğer kişilerle paylaşmak istemediği, saklı tuttuğu gizli alanlarının yayın konusu yapılmasını, kişilik haklarına saldırı olarak görmektedir. Buna karşın, mahkeme, kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizli alanlarının diğer vatandaşlara göre daha dar olduğunu, kamuya mal olmuş kişilerin görevleri ile ilgili konularda, özel hayatlarının haber yapılabileceğini, bunun yanında siyasi görev üstlenenlerin özel hayatlarının daha da dar olacağını ve kamu görevlilerinin de bu kapsamda değerlendirileceğini kabul etmektedir⁴⁷¹.

İfade hürriyeti kapsamında, eleştiri (tenkit) hakkı üzerinde de durmak gerekir. Eleştiri hakkı da kaynağını ifade özgürlüğünden alır⁴⁷². Ancak, eleştiri hakkı, sadece medya kapsamında değerlendirilmemelidir. Kişilerin de (vatandaşın) özellikle kamu görevlilerini, siyasi görev alan kimseleri ve kamuya mal olmuş kişileri eleştirme hakları bulunduğunu kabul etmek gerekir⁴⁷³. Ancak, eleştiri hakkını haber verme hakkından farklı olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu hakkı haber verme hakkından ayrı bir hak olarak kabul eden ve bu şekilde yapılan değerlendirmeler, haber ile eleştiri arasında fark olduğu izlenimini ortaya çıkarmaktadır. Oysa her haber içerisinde ayrıca eleştiri de bulunabilir; eleştiri, haberin bir parçasıdır. Bu konuda ifade özgürlüğü kapsamında yapılan açıklamalar, eleştiri hakkı konusunda da geçerlidir.

Kişilerin değer yargılarını, kanaatlerini beyan etmeleri, farklı kanaatlerin kamuoyunda tartışılması demokratik toplumun vazgeçilmez özelliklerindendir. Kişilerin toplumu ilgilendiren her konuda fikirlerini, kanaatlerini ifade etmeleri, beğenileri yanında beğenmediklerini eleştirmeleri, beğenmeme sebeplerini göstermelerinden doğal bir şey olamaz. Bu kapsamda, toplumdaki estetik ve bilimsel eserlerin; politikacıların,

⁴⁷⁰ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.317; Çiftçi 2002, a.g.e., s.5

⁴⁷¹ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.234; Gözübüyük ve Gölcüklü 2003, a.g.e., s.361, Lingens-Avusturya 1986; Castels-İspanya 1992

⁴⁷² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.513

⁴⁷³ Soyaslan 2005, a.g.e., s.247; Çetin 2007, a.g.e., s.267

kamu görevlilerinin ve kamuya mal olmuş kişilerin fikir ve davranışlarının eleştirilmesi, toplumu ilgilendiren konular hakkında yapılan her türlü eleştiri haber verme hakkı olarak değerlendirilmelidir⁴⁷⁴.

Eleştirinin bir övgü olmadığı açıktır. Eleştirinin sert olması, muhatabını rahatsız etmesi, muhatabını incitmesi eleştirinin doğasında vardır. Bu sebeple, kamuya mal olmuş kişilerin sert ve incitici ifadelerle tahammül etmeleri gerekir. Dolayısıyla, kırıncı, incitici olsa da bir konuda veya bir olgu üzerine yapılan değerlendirmeler, menfi görüş bildiren açıklamalar, sert ifadeler eleştiri olarak kabul edilmeli ve hukuka uygun sayılmalıdır⁴⁷⁵. Ancak, haberde hiçbir şekilde, küfür kabul edilen hakaret sözleri kullanılmamalıdır. Eğer haberde küfür etmek suretiyle saldırı varsa eleştiri ve haber verme hakkı sınırı, aşılmış olur ve hakaret suçu oluşur.

Hakaret ve hakkın kullanılması sınırını belirlerken mizah, karikatür şeklinde yapılan eleştirileri daha dikkatli ve hassas değerlendirmek gerekir. Mizahi bir makalenin veya bir karikatürün içerisinde saldırı, küçümseme, alaya alma, abartma gibi hâllerin bulunması onun doğasında var olan bir husustur. Bu sebeple, bu tür eserlerde var olan bu hâlleri hakkın kullanılması veya eleştiri hakkı kapsamında değerlendirmek gerekir. Yargıtay’a göre, “eğlendirme, güldürme ve bir kimsenin davranışına incitmeden takılma amacı güden ince alay” olarak tanımlanan ve edebiyat ve karikatür alanlarında kullanılan bir yöntem olan mizah (güldürü), eleştiri ve düşünce açıklamasının sanatsal yollarından biridir. Bu nitelikleri dolayısıyla Anayasa’nın 26. ve 27. maddelerindeki düşünceyi ve sanatı açıklama ve yayma özgürlükleri kapsamındadır⁴⁷⁶. Ancak aynı kararında Yargıtay, mizahın küçültücü değer yargılarını içermemesi ve başkasını gülünç düşürme amacının bulunmaması gerektiğine karar vermiştir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Soyaslan 2005, a.g.e., s.248

⁴⁷⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.513

⁴⁷⁶ Arısoy 2007, a.g.e., s.178 Yargıtay 4. CD 14.11.2006 2005/9531 E. 2006/16278 K.

⁴⁷⁷ Çizgi yerine fotoğraf kullanılarak, meydana getirilmiş bir tür karikatür olan dava konusu resmin yayımlandığı “G.Ç.” adlı derginin salt mizah dergisi olmayışı da göz önünde bulundurulduğunda, resimde kamu görevi yapmakta olan katılan hakkında “çirkef, lağım, kolayca aldatılan, aptal, saf(kişi)” anlamına gelen “keriz” sözcüğünün kullanılması suretiyle katılan hakkında incitici ve küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu ve eylemde hukuka uygunluk sınırının aşıldığı gözetilmeden yasal olmayan kararlarla beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir. (Arısoy 2007, a.g.e.,s .178, Yargıtay 4. CD 14.11.2006, 2005/9531 E. 2006/16278 K.)

b. İddia ve Savunma Hakkı (Dokunulmazlığı)

TCK'nın 128. maddesinde "iddia ve savunma dokunulmazlığı" başlığıyla savunma hakkı düzenlenmiştir. Bu hüküm, 765 Sayılı TCK'nın 486. maddesinde düzenlenen hükmün karşılığıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki maddede düzenlenen husus bir dokunulmazlık değil, bir hukuka uygunluk sebebidir. Dokunulmazlıklar, cezayı kaldıran şahsi sebeplerdir. Hukuka uygunluk sebebinde ise, fiil, hukuka uygun olduğundan suç oluşmaz. Buradaki iddia ve savunma dokunulmazlığını hukuka uygunluk sebebi ve iddia ve savunma hakkı olarak değerlendirmek gerekir⁴⁷⁸.

Anayasa'nın 36. maddesi "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ... hakkına sahiptir." hükmünü getirmiştir. Savunma hakkı, AİHS'de "Adil yargılanma" başlığıyla sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 36. ve 74. maddelerinde "Hak arama hürriyeti" ve "Siyasi haklar ve ödevler" başlıklarıyla kişilerin davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunabilmelerini ve yetkili mercilere dilekçe ile başvurabilmelerini bir hak olarak tanımıştır⁴⁷⁹. TCK'nın 128. maddesi, bu haklar kapsamında hem şikâyet hakkını hem de iddia ve savunma hakkını güvence altına almıştır.

TCK'nın 128. maddesi gerekçesinde, "Madde metninde bir hukuka uygunluk sebebi olan ve Anayasamızda da güvence altına alınan (Madde 36) iddia ve savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Bir talebin resmi bir makama iletilmesi, dilekçe hakkının kullanılması bağlamında hukuka uygun bir davranıştır. Ancak, dilekçe hakkı, dilekçenin içeriğindeki ifadeler açısından başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak mütalaa edilemez." şeklinde açıklama yapılmıştır. Gerekçeden de anlaşılacağı

⁴⁷⁸ Özbek 2005, a.g.e., s.266); (Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.65

⁴⁷⁹ Anayasa'nın 36. maddesi – "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.

Anayasa Madde 74 - Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.

Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir." şeklindedir.

gibi iddia ve savunma yanında, ihbar ve şikâyet hakkıyla ilgili hükümler de TCK'nın 128. maddesinin kapsamı içerisinde olduğundan 765 Sayılı TCK'ya nazaran savunma hakkının kapsamı oldukça genişlemiştir⁴⁸⁰.

Söz konusu hukuka uygunluk sebebi, aynı zamanda tartışma ve hak arama özgürlüklerini de güvence altına almaktadır. Amaç, yargı mercileri ve idari merciler önünde kişilerin hak ve menfaatlerini savunma ve korumalarını sağlamaktır⁴⁸¹.

Savunma dokunulmazlığı, adli ve idari makamlara yapılacak şikâyetlerde ve savunmalarda kişilerin herhangi bir endişeye kapılmadan, kendisini cezalandırma tehdidi altında hissetmeden, rahatça şikâyetle bulunabilmesini ve savunma yapabilmesini sağlama amacıyla getirilmiş bir haktır⁴⁸². Hakkın kullanılması kapsamında, bu hakkın kullanılmasının da sınırı olduğundan bu sınırın aşılması gerekir. Sınır aşıldığında, hukuka uygunluk ortadan kalkacaktır.

Kişilere, ihbar ve şikâyet hakkı verilerek, kamu menfaati ve kamu düzeninin korunması sağlanır. Bu sebeple, bireylere, ihbar ve şikâyet hakkı tanınmasında büyük sosyal yarar olduğu dile getirilmiştir. İhbar ve şikâyetin mutlaka yetkili mercilere yapılması da aslında demokratik toplumlarda zorunlu kabul edilemez. Kişi, bu ihbar ve şikâyeti aleni bir tarzda mesela basında yayınlamak suretiyle yapabilir⁴⁸³. TCK'nın iftira suçunu düzenleyen 267. maddesi, her ne kadar soruşturma ile bir bağlantısı yoksa da basın yoluyla yapılan ihbar veya suç isnatlarının, soruşturma makamına yapılmış gibi değerlendirileceğini, basın yoluyla yapılan ihbarlarda ve suç isnatlarında, isnadın gerçek olmaması hâlinde iftira suçunun oluşacağını kabul etmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı gibi isnat veya ihbar, basın yoluyla da yapılabilir.

765 sayılı TCK'nın 486. maddesinde sadece yargı mercilerinde yapılan iddia ve savunmalar, savunma hakkı kapsamında değerlendirilmekte idi. TCK'nın 128. maddesinde ise hem yargı mercileri hem de idari makamlar nezdinde yapılan iddia ve savunmalar dokunulmazlık kapsamına dâhil edilmiştir

⁴⁸⁰ Hafizoğulları 2006, a.g.e., s.7; Çetin 2007, a.g.e., s.270

⁴⁸¹ Soyaslan 2005, a.g.e., s.253

⁴⁸² Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.236; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.433; Şen 2006, a.g.e., s.567; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.66

⁴⁸³ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.291-292

TCK'nın 128. maddesi, yargı makamları ve idari makamlar nezdinde yapılan sözlü ve yazılı başvuru, iddia ve savunmalar hakkında bu hakkın kullanılabileceğini öngörmüştür. Madde kapsamı içine ihbar ve şikâyet hakları da dâhil edildiğinden ve idari makamlara yapılacak başvurular da madde kapsamında olduğundan 765 Sayılı TCK'nın 486. maddesinin aksine bu haktan faydalanacaklar konusunda herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.

765 Sayılı TCK'nın 486. maddesi; “Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin...” şeklinde düzenleme yaparak bu hakkı kullanacakları sınırlandırmıştı. Aslında bu sınırlama, hakkın sadece “yargı makamlarına yapılan dilekçe, layiha ve sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların...” hakkın kullanımı kapsamında olmalarının doğal sonucu olarak değerlendirilebilir. Ancak, TCK'nın 128. maddesinde hakkın kapsamı genişletildiğinden dolayı bu hakkı kullanabilecek kişilerin sınırlanmaması da doğaldır. Dolayısıyla, yargı mercileri ve idari merciler nezdinde iddia ve savunma hakkını kullanan herkese, bunların vekillerine veya yasal temsilcilerine uyuşmazlıkla bağlantılı olması şartıyla bu hak tanınmıştır⁴⁸⁴. Bu sebeple 765 Sayılı TCK'da savunma hakkı kapsamı içine girmediği kabul edilen⁴⁸⁵; şahit, bilirkişi, savcı gibi kimseler de TCK'nın 128. maddesindeki iddia ve savunma hakkından faydalanacaktır. Ancak, davayla herhangi bir ilişkisi olmayan kişiler için (mesela dinleyiciler) dokunulmazlık söz konusu olmayacaktır⁴⁸⁶. Ayrıca, şahit, bilirkişi, savcı ve hâkim için görevin ifası hukuka uygunluk sebebi de söz konusu olabilir.

Yargı mercileri deyimi, yargı yetkisine sahip bütün mahkemeleri ifade eder. TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının d bendi, “Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet Savcısı ve avukatlar” anlaşılır şeklinde açıklama getirmiştir. Bu madde hükmü dikkate alındığında, yargı mercileri kavramı içine Cumhuriyet savcılarını da dâhil etmek gerektiği ortadadır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcılarına yapılan başvurular da yargı merci kapsamında değerlendirilecektir⁴⁸⁷. Yargı görevi kapsamında, uzlaşma göreviyle görevlendirilen avukatlara yapılan başvurular hakkında da aynı değerlendirme

⁴⁸⁴ Hatipoğlu ve Parlar 2007, a.g.e., s.1011; Şen 2006, a.g.e., s.564

⁴⁸⁵ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.294

⁴⁸⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.443

⁴⁸⁷ Şen 2006, a.g.e., s.564

yapılabilir ve uzlaşma göreviyle ilgili avukata yapılan başvurularda da avukatı yargı merci olarak değerlendirmek gerekir.

İdari makamlar deyimi ise devletin idari yapısı içinde yer alan bütün yönetim mercilerini ifade eder. Cumhurbaşkanlığı, başbakanlık, bakanlıklar ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları, taşra kuruluşları, katma bütçeli kuruluşlar, yerel yönetimler, polis, jandarma bunların dışında kalan bütün kolluk gücü gibi kuruluşlar idari makamlar sayılırlar. Ayrıca, TBMM de idari makam olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Ancak, “idari makamlar” deyimi, ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın her hâlde yasama organına yapılan başvurular açısından hükmün uygulama olanağı bulunmadığı da iddia edilmektedir⁴⁸⁹. Bunların yanında noter, icra memuru, disiplin kurulları gibi merciler de idari makam kapsamında değerlendirilir⁴⁹⁰.

TCK’nın 128. maddesi, “Kişilerle ilgili olarak bulunulması hâlinde ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiştir. Burada “kişiler” kavramı kullanıldığından, bu kişilerin davada taraf olan kişiler olarak sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak, hakarete uğrayan kişilerin mutlaka uyuşmazlıkla veya şikâyet konusuyla irtibatlı kimseler olması gerekir. Örneğin, görülmekte olan herhangi bir davayla bağlantısı olmayan veya şikâyet konusuyla hiç bir ilgisi olmayan kimselerin, tahkir edilmesi hâlinde savunma dokunulmazlığı söz konusu olmayacaktır⁴⁹¹. Dolayısıyla, uyuşmazlıkla bağlantılı herkes dokunulmazlık kapsamında değerlendirilmelidir. Davaya bakan hâkime, duruşmaya çıkan savcıya, şahide, bilirkişiye vs⁴⁹². karşı yapılan hakaretler de dokunulmazlık kapsamı içerisindedir. Yargıtay da davaya bakan hâkime karşı yapılan hakaretleri, kapsam içinde değerlendirmektedir⁴⁹³. Yargıtay bir kararında, avukatın mahkemeye vermiş olduğu, yargıcı ret ve ihtiyati tedbir kararına itiraz dilekçesinde, yargıca hukuki yetersizlik, taraflılık, adaletsizlik, görevi ihmal gibi sözcükler kullanılarak hakaret edilmesini iddia ve savunma kapsamında değerlendirmiştir⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ Arısoy 2007, a.g.e., s.172); (Çetin 2007, a.g.e., s.272

⁴⁸⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.444

⁴⁹⁰ Özbek 2005, a.g.e., s.268) (Farklı görüş, adli kolluk, icra memuru ve noter huzurunda yapılan isnatların 128. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği de ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. (Hatipoğlu ve Parlar 2007, a.g.e., s.1012)

⁴⁹¹ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.66

⁴⁹² Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.295

⁴⁹³ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.237

⁴⁹⁴ Malkoç ve Güler 1996, a.g.e., s.4118 Yargıtay 4. CD. 3.02.1993 8165/634

Ayrıca, hâkime yönelik hakaretlerin iddia ve savunma kapsamında sayılmayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁹⁵.

TCK'nın 128. maddesinde dokunulmazlığın kapsamı "...yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında..." ifadesiyle sınırlandırılmıştır. 765 Sayılı TCK'nın 486. maddesinde ise bu konu, "dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve savunmaların" şeklinde düzenlemişti. Görüldüğü gibi her iki kanunun ifadeleri hemen hemen aynıdır. Dolayısıyla, iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanılabilmesi için yazılı veya sözlü başvurunun yapıldığı sırada veya iddiaya ilişkin deliller ile savunmaya ilişkin delillerin sunulması sırasında hakaret içeren fiilin isnadı gerekir. Bu kapsamda, iddia ve savunma için sunulan film, fotoğraf, cd., vb. gibi delil kabul edilebilecek her şey iddia ve savunma dokunulmazlığından faydalanır⁴⁹⁶.

Hakaretin, hareket veya işaretlerle işlenmesi hâlinde, failin iddia ve savunma dokunulmazlığından faydalanamayacağı öğretide genel kabul görmektedir⁴⁹⁷. Ancak, hareket, sözün eş anlamlısı ise dokunulmazlık kabul edilmelidir⁴⁹⁸. Sağır ve dilsizin hareketle yaptığı anlatımlarının söz olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁹⁹. Bu çerçevede İddia ve savunma kapsamına hareketler de girer. Bir kişi hareketle kendisine hakaret edildiğini göstererek iddia veya savunma yapabilmelidir.

İddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanılabilmesi için tahkirin, yani kanunun deyiimiyle isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir. 128. maddenin gerekçesinde "İddia ve savunma kapsamında; kişilerle ilgili olarak bulunulan somut isnatların gerçek olması ve yapılan olumsuz değerlendirmelerin somut vakalara dayanması gerekir. Keza bulunulan

⁴⁹⁵ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2321. (Yazar, hâkime yönelik yazı ve sözlerin dokunulmazlıktan faydalanamayacağını hatta "hâkimin reddine" dair olan yazı ve sözlerde husumetin bulunacağı tabi ise de bu husumetin hakarete vesile olmaması gerektiğini, bunun yanında savunma dokunulmazlığı bakımından taraf olarak kabul edilmeyen savcının aynı zamanda hakarete hedef de olmaması gerektiğini ileri sürmektedir.)

⁴⁹⁶ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.296; Malkoç ve Güler 1996, a.g.e., s.4118

⁴⁹⁷ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.296; Özbek 2005, a.g.e., s.267; Çetin 2007, a.g.e., s.273; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.66

⁴⁹⁸ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2317

⁴⁹⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.279; Malkoç ve Güler 1996, a.g.e., s.480

isnatların veya yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlıkla ilişkili olması gerekir. Ancak, uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olması aranmamalıdır. Somut isnatlarla bağlantılı olmayan isnatlar, gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından bahsedilemez; keza somut vakıalara dayansa bile, uyuşmazlıkla alakası olmayan olumsuz değerlendirmeler açısından savunma hakkının kullanılması söz konusu değildir.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

İddia ve savunma hakkının varlığı için somut bir olay olması gerekir. Bu somut olaya ilişkin bir iddia ilgili mercilere bildirilmelidir. Eğer, ortada somut bir olay yoksa afaki, muğlak ifadelerle isnatta bulunulmuşsa bu haktan yararlanmak söz konusu olamaz. Ayrıca, somut olayın gerçek olması gerekir. Gerçek olmayan, hayali olayların isnadı hâlinde iftira (TCK madde 267) gündeme gelebilecektir.

Ancak, soruşturma organlarınca yapılan tahkikat neticesinde, iddia konusunun gerçeklere uygun düşmediği, yanlış olduğunun ortaya çıkması hâlinde olayın gerçek olmadığından bahisle iddia edenin dokunulmazlıktan yararlandırılmaması doğru değildir. Bu hâlde, bu hak, sınırlanmış olur ki bu takdirde bu hakkın verilmesinden elde edilmek istenen, umulan faydalardan tam olarak yararlanılamaması ihtimali ortaya çıkar. Bu sebeple, isnatta bulunan kişi, isnadın ispatı ile yükümlü sayılamaz. Zaten ihbarda bulunanın, isnadın gerçekliğini araştırmak yönünden hiçbir hak ve yetkisi yoktur. Kişi ancak, isnadın gerçek olmadığını biliyorsa, sırf kişiyi tahkir etmek için asılsız isnatta bulunmuşsa artık dokunulmazlıktan faydalanamaz. Eğer, kişi isnadın gerçek olduğunu zannederek hata sonucu iddialarını ilgili mercilere bildirmişse bu hatasından faydalanır. Dolayısıyla, sınırın aşıp aşılmadığını tespit ederken, failde asılsız isnatta bulunma özel kastı (saik) aranmalıdır⁵⁰⁰.

765 Sayılı TCK’nın 486. maddesinin 2. fıkra uygulamasında, hakaret içeren yazı ve sözlerin dava ile ilgili olması aranmakta; hakaretin iddia ve savunmaya bir şekilde yararlı olması gerektiği ifade edilmekteydi⁵⁰¹. Yargıtay, kararlarında “...Ancak bu serbesti dava konusu olayın aydınlığa kavuşmasına bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir ... söylenmesinde ve

⁵⁰⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2006, a.g.e., s.868; Şen 2006, a.g.e., s.569

⁵⁰¹ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.266

yazılmasında yarar olmayan, davanın aydınlanmasında ve hakkın ortaya çıkmasında hiç bir etkisi olmayan ve hakaret oluşturan yazı ve sözlerin sarf edilmiş olmasında meşruluk vardır denilemez.

Savunma sınırının aşılp aşılmadığını tespit için yazılan yazı ve söylenen sözlerin, savunma konusuyla mantıksal bağlantısını ve savunmaya yararlı bulunmasını takdir etmek gerekir⁵⁰², şeklinde açıklamalar yaparak sınırın tespitinde hakaretin dava ile ilgili olmasını ve iddia ve savunmaya faydalı olmasını aramıştır.

Ancak, TCK'nın 128. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi isnadın uyuşmazlıkla bağlantılı olması yeterli olup, uyuşmazlığın çözümü için yararlı olması aranmayacaktır⁵⁰³. Kanun koyucu, iddia ve savunma hakkının kullanımının sınırını geniş tutmak istemiş ve kişilerin ceza alma tehdidi altında kalmaksızın bu hakkın kullanılmasını amaçlamıştır⁵⁰⁴. Bu sebeple, isnatla uyuşmazlık arasında mantıksal bir bağlantı olması, isnadın uyuşmazlıkla ilgili olması, hakkın kullanılması için yeterli sayılmıştır. Ayrıca, söz konusu bağlantının doğrudan bir bağlantı olmasına da gerek yoktur. Uyuşmazlıkla dolaylı bağlantının bulunması hâlinde kişi bu haktan faydalanacaktır. İsnadın uyuşmazlığa hizmet etmesi, hakkın ortaya çıkması için faydalı olması aranmayacaktır⁵⁰⁵. Bunun yanında uyuşmazlıkla ilgili olmayan isnatlar gerçek olsa bile bu haktan faydalanılamayacak ve suç oluşacaktır. Yine gerekçede, isnadın olumsuz değerlendirmeler şeklinde de olabileceği ve olumsuz değerlendirme şeklindeki isnadın, somut olaylara dayanması gerektiği belirtilmiştir. Olumsuz değerlendirmelerden kastedilen hususun “sövme” olduğu ve iddia ve savunma hakkının kapsamı içinde sövme olarak kabul edilen ifadelerin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak, herhalde bizatihi küfür olarak kabul edilen ifadeler, kapsam içinde olamayacaktır⁵⁰⁶. Ancak, tek başına kullanıldığında sövme olarak kabul edilen, somut bir olayla bağlantı kurularak söylendiğinde ise bir anlam içeren ifadeler, iddia ve savunma hakkı kapsamında değerlendirilebilir.

⁵⁰² Erol 2007, a.g.e., s.1507, CGK 13.3.1995 4-385/65) (Erol 2007, a.g.e., s.1505, CGK 20.10.1998 4-225/316

⁵⁰³ Özbek 2005, a.g.e., s.268; Yazar, isnadın uyuşmazlığa hizmet etmesi faydalı olması gerektiğini ileri sürmektedir.

⁵⁰⁴ Şen 2006, a.g.e., s.567

⁵⁰⁵ Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.239

⁵⁰⁶ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.265; Şen 2006, a.g.e., s.567

Örneğin, cinsel saldırı suçu işlendiği iddiasıyla açılan bir ceza davasında müdafî, cinsel saldırının icra edilmediğini ispat için mağdurun mazoşist olduğunu söylemesi hâlinde isnat savunma hakkı kapsamında değerlendirilecektir. Yine adam öldürme davasında, müdahil veya avukatı tarafından “katil”, “canavar”, “barbar” sözleri savunma hakkı kapsamında değerlendirilecektir⁵⁰⁷. Bir velayetin tevdi davasında biri, diğerinin çocuğun velayetini ciddiyetle yerine getirmedeğini ispat için cinsi sapık, ağzı bozuk, sarhoş, küfürbaz olduğunu açıklayabilir. Bu açıklamalar, uyuşmazlıkla bağlantılı olduğundan iddia ve savunma hakkı kapsamında değerlendirilecektir⁵⁰⁸.

Yukarda da belirtildiği gibi Yargıtay, 765 Sayılı Kanun dönemindeki kararlarında, olumsuz değerlendirmeleri genellikle davayla ilgili saymamakta ve savunma hakkının sınırının aşıldığına hükmetmekte idi. Ancak Yargıtay sövme suretiyle de savunma hakkının kullanılabilceğini, ancak söylenen sözlerin davanın yazgısını belirlemede zorunlu, davanın konusuyla mantıksal açıdan bağlantılı ve iddia ya da savunmaya yarar sağlaması gerektiğini, birçok kararında dile getirmiştir⁵⁰⁹. Yargıtay TCK’nın yürürlüğü girmesinden sonra verdiği bir kararında, iddia ve savunma hakkı sınırını; “savunma sırasında yapılan değerlendirmelerin somut olaylara dayanıp dayanmadığının ve uyuşmazlıkla ilişkili olup olmadığının saptanması” ölçütlerine göre tespit ettiği görülmektedir⁵¹⁰. Yargıtay’ın bu kararıyla savunma hakkının kullanılması ölçütlerini değıştirdiğı, maddenin gerekçesinde de belirtildiğı gibi, uyuşmazlığın çözölmesi için gerekli ve yararlı olma ölçütünden vazgeçtiğı söylenebilir.

⁵⁰⁷ Sen 2006, a.g.e., s.565

⁵⁰⁸ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.265

⁵⁰⁹ Savunma hakkı nedeniyle sövme suçunda hukuka uygunluk nedenini düzenleyen TCK’nın 486. maddesinin uygulanabilmesi için, söylenen sözlerin davanın yazgısını belirlemede zorunlu ve davanın konusuyla mantıksal açıdan bağlantılı bulunması, iddia ve savunmaya yarar sağlaması gerektiğı gözetilerek sorunun bu açıdan tartışılması ve söz konusu maddenin nesnel ve öznel koşullarının irdelenmesi zorunlu iken sözlerin savunmaya yönelik olduğı gerekçesiyle beraat hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 4. CD. 16/03/1993 1276/2135

⁵¹⁰ Sanık Cumhuriyet Savcısının, hakkında düzenlenen sicil fişinin iptali için idare mahkemesine açtığı davada ,davalı Adalet Bakanlığının 29.11.2005 tarihli savunma dilekçesine yanıt niteliğinde 16.1.2006 tarihli dilekçesinde ,katılan Cumhuriyet Başsavcısının " birinci sınıfa ayırlamaz " görüşünü içeren sicil fişini kasten ve art niyetli olarak düzenlediğini iddia etmesi karşısında , " katılanın hukuki bilgisinin yetersiz olduğı, temsil kabiliyetinin bulunmadığı , kindar bir yapıya sahip bulunduğı " yolundaki olumsuz değerlendirmelerinin somut olaylara dayanıp dayanmadığının ve dava konusuyla (uyuşmazlıkla) ilişkili olup olmadığının saptanabilmesi açısından 16.1.2006 tarihli dilekçede gösterilen tanıkların dinlenmesi ,ilgili soruşturma dosyalarının incelenmesi ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilip ,suç oluşturduğı kabul edilen sözlerin ,davalı idarenin savunma dilekçesi içeriğı de gözetilerek iddia ve savunma hakkının kullanılması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerekirken eksik soruşturma ile yetersiz gerekçeyle karar verilmesi, Yargıtay 4.CD 2007/10362, 2007/1875

<http://www.adalet.org/forum2/karar/cbekran.php?id1=5181> (12.04.2008)

Uyuşmazlıkla bağlantısı olmayan somut olayların isnadı veya uyuşmazlıkla bağlantısı olan somut olayla ilgisi bulunmayan olumsuz değerlendirmelerin yapılması hâlinde isnatlar, 128. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak, bu durumda kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebepler dikkate alınabilecektir⁵¹¹.

Dokunulmazlık; başvurunun yargı mercilerine veya idari makamlara, sözlü veya yazılı olarak yapıldığı zamana veya uyuşmazlık devam ederken yetkili organların uyuşmazlık konusu işlemleriyle ilgili iddia ve savunmalarla sınırlıdır. Başvurudan önce yetkili organların işlemleriyle ilgisi olmayan yerlerde ve uyuşmazlık sona erdikten sonra yapılan isnatlar veya tekrarlar dokunulmazlık kapsamı dışındadır⁵¹². Failin iddia ve savunma dokunulmazlığına sahip olduğu yer ve hâller dışında, failin mağdur hakkındaki somut isnat ve olumsuz değerlendirmeleri dokunulmazlıktan faydalanamaz. Fail, duruşma sırasında veya keşif sırasında mağdur hakkında yaptığı isnatları, adliye koridorunda, adliye binasının dışında tekrarlama hakkına sahip değildir. Ancak, yasak veya gizlilik kararı olmadıkça, iddia ve savunma kapsamında yapılan isnatların haber amaçlı olarak basın ve yayın organlarınca duyurulması hâlinde haber verme hakkı söz konusu olacak, bu durumda da daha önce incelenen medyanın haber verme hakkı hukuka uygunluk sebebi uygulanabilecektir.

İddia ve savunma dokunulmazlığının iftira suçu için uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Öğretide, bir kısım yazarlar savunma dokunulmazlığının iftira suçunu da kapsaması gerektiğini ifade etmektedirler⁵¹³. Ancak, doktrinde genel kabul gören görüş, iftiranın dokunulmazlığa dâhil olmadığı yönündedir⁵¹⁴.

⁵¹¹ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.248, Madde gerekçesi

⁵¹² Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.266

⁵¹³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2006, a.g.e., s.842

⁵¹⁴ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2320; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.212; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2006, a.g.e., s.844

Yargıtay, 765 Sayılı TCK döneminde iftira suçunda savunma dokunulmazlığını geçerli saymakta, eğer suç isnadı, iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında yapılmışsa iftira suçunun oluşmayacağını kabul etmekteydi⁵¹⁵.

Esas itibarıyla, hukuk davasında, idari makamlara yapılan başvurularda ve ceza davasındaki müdahil tarafın isnatlarında iddia ve savunma dokunulmazlığının iftira suçunu kapsadığını kabul etmek mümkün değildir. Ancak, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında, şüpheli ve sanık durumunda olanlar üzerinde durmak gerekir. Her ne kadar sanığın yalan söylememe gibi ahlaki bir sorumluluğu olduğu kabul edilmekte ise de bu kabulün hukuki mesnedi bulunmamaktadır. Sanık veya şüpheli, savunması sırasında her soruya yanlış cevap verebilir, yalan söyleyebilir. Sanık kimliği dışındaki konularda doğru söylemek zorunda değildir (CMK 147/1-a). Bu hakka sahip sanığın, yalan söylerken masum bir kişiye iftira atabileceği de ileri sürülebilir. Danimarka Ceza Kanunu (DCK madde 159), savunması sırasında yalan söyleyerek birine iftira atan kişinin cezalandırılmayacağını kabul etmektedir⁵¹⁶.

Ancak, bu hakların sanığa veya şüpheliye tanınması sebebiyle, yalan söyleme hakkı genişletilerek, bu hakkın “başkalarına asılsız suç isnat etme hakkını” kapsadığı ileri sürülemez. Kendisine verilen tüm savunma imkânlarına rağmen masum bir kimseyi suçlayan kimsenin ağır bir tehlikelilik hâli içinde olduğu kabul edilmeli ve iftira suçundan cezalandırılmalıdır⁵¹⁷.

c. İsnadın İspatı (Gerçeğin İspatı)

aa. Genel Olarak

TCK'nın 127. maddesi, isnadın ispatı müessesesi düzenlenmiş ve bazı hâllerde isnadı ispat eden kişiye ceza verilmeyeceğini öngörmüştür. İsnadın ispatı, hemen hemen her dönemde ve bütün hukuk sistemlerinde dikkate alınmış bir müessesedir.

⁵¹⁵ Temyiz dilekçesindeki sözler hakim aleyhine iftira suçunu teşkil etmez” Yargıtay 4.CD 30/04/1946, 4909/5563) (Ya da defî mahiyetinde söylenen sözlerde iftira unsuru yoktur. Yargıtay 4. CD, 13/02/1951, 912/912); (Duruşma sırasında maznun tarafından müdahile atf olunan sözlerin müdafaa mahiyetinde olup olmadığı tetkik ve münakaşa edilmeden iftira suçundan da mahkumiyete karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay CGK 15/07/1957, 4-182/178 (Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2006, a.g.e., s.843)

⁵¹⁶ Zafer, Hamide, *Faille Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2004. s.281

⁵¹⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2006, a.g.e., s.844

Atina’da mutlak surette kabul edilen gerçeğin ispatı, Roma Hukuku’nda da geniş ölçüde kabul edilmiştir. Germen Hukuku, hakaretin yazıyla yapılması ve kamu düzeninin ihlal etmesi hâlinde isnadın ispatını kabul etmekteydi. İslam Hukuku’nda gerçeğin ispat edilmesi mutlak olarak kabul edilmişti. Orta çağda ise fiilin suç olması hâlinde, gerçeğin ispatı eğilimi ortaya çıkmıştır. Bu daraltıcı eğilim, Kilise Hukuku’nun da tesiriyle gelişmiş ve Carolina’da gerçeğin ispatına hiçbir şekilde izin vermeyen hukuk sistemi ortaya çıkmıştır⁵¹⁸.

İsnadın ispatı açısından yukarıda kısaca açıklanan iki temel görüşün ilki yani gerçeğin ispatına izin veren görüş, “hiç kimsenin hak etmediği iyi bir şöhrete sahip olma hakkının bulunmadığı” gerekçesiyle kabul ediliyordu. Gerçeğin ispatına prensip olarak izin vermeyen ikinci görüş ise, bu tür fillerin ortaya çıkarılması ile bozulan kamusal barışı (toplumdaki güvensizlik algısı gelişimini), daha üstün bir değer olarak kabul etmiştir. Günümüzde ise her iki görüş, kendi içinde istisnalar kabul etmişler ve uygulama birbirine yaklaşmıştır⁵¹⁹.

Esas itibariyle ifade özgürlüğünün genişlemesi, çağdaş toplumlarda düşünce ve kanaatlere verilen önem ve kamu görevlilerinin denetlenmesi konusunda basına verilen görev çerçevesinde gerçeğin ispatı, özellikle demokratik toplumlarda istisnalar hariç genel kabul görmektedir. Bu sebeple siyasi rejim, demokrasiden uzaklaştığı oranda hakikatten korkulduğu ve gerçeğin ispatının kabul edilmeme yolunun benimsendiği ileri sürülmüştür⁵²⁰.

Mukayeseli hukuk açısından bakıldığında; gerçeğin ispatının Fransa’da prensip olarak kabul edildiği görülmektedir, bu ülke hukuk sisteminde, hemen hemen her durumda gerçeğin ispatı mümkündür. Ancak kişilerin özel hayatına, 10 sene önce meydana gelmiş ve zaman aşımına uğramış olaylara, genel aklı ortadan kalkmış mahkûmiyetlere ilişkin isnatlarda gerçeğin ispatı kabul edilmemiştir⁵²¹. Fransız Kanunu,

⁵¹⁸ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.1757

⁵¹⁹ Telenbach 2007, a.g.l.

⁵²⁰ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.178

⁵²¹ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.229

küçükleri korumak maksadıyla, küçüklere karşı işlenen suçlarda gerçeğin her hâlde daima araştırılabileceğini kabul etmiştir⁵²².

İtalya’da faşist rejim yıkılıp demokratik yönetim kurulunca, faşist rejimde kabul edilmeyen gerçeğin ispatı, istisnai bazı hâller dışında kabul edilmiştir. Bu istisnalar, 765 Sayılı TCK’daki istisnaların aynısıdır⁵²³.

Alman Hukuku da gerçeğin ispatını prensip olarak kabul etmiştir. Kanun, sadece iki noktada önceden değerlendirme yaparak kural öngörmüştür. “Kendisine hakaret edilen kişi, isnat edilen fiilden dolayı yapılan yargılamanın neticesinde kesinleşmiş bir kararla mahkûm olmuşsa, gerçek ispat edilmiş sayılır. Buna karşılık, ilgili kişi kesin hükümle beraat etmişse, bu takdirde artık o olgunun ispatı kabul edilemez.” Ancak, Alman Hukuku’nda diğer bütün hâllerde isnadın ispatı kabul edilir. Bu sistemde isnadın ispatının, birçok hukuk sistemine göre oldukça geniş olduğu söylenebilir⁵²⁴.

İngiliz Hukuku’nda 1952 yılına kadar gerçeğin ispatı kabul edilmemişken, bu tarihten sonra yürürlüğe giren “Defamation Act” (Hakaret kanunu) gerçeği, tam bir savunma olarak kabul etmiştir. İngiliz Hukuku’nda gerçeğin ispatında kamu yararının bulunduğu da ispatı gerekir⁵²⁵.

Polonya Ceza Kanunu, aleni olan ve aleni olmayan isnat ayırımını yapar. Aleni olmayan isnatlarda, isnadın ispatı sınırsız olarak kabul edilmiştir. Alenen yapılan isnatlarda ise, kamu yararı bulunan hâllerde isnadın ispatına izin verilmiştir. Dolayısıyla, özel hayat alanında isnadın ispatı, prensip olarak kabul edilmemiş ise de

⁵²² Telenbach 2007, a.g.l.

⁵²³ Erman, Hakaret ve Sövmeye Cürümleri 1950, a.g.e., s.179

765 Sayılı TCK’nın 481. Maddesi – “Geçen maddede beyan olunan cürmün faili beraat etmek için isnat ettiği fiilin sıhhatini veya şayi veya mütevatır olduğunu ispat etmek isterse bu iddiası kabul olunmaz. Ancak isnat edilen fiilin hakikat olduğunu ispat talebi:

1 - Tecavüz olunan şahıs bir memur veya kamu hizmeti gören bir kimse olup da 266, 267 ve 268 inci maddelerde beyan olunan haller müstesna olmak üzere isnat olunan fiil icra ettiği memuriyete veya gördüğü kamu hizmetine taalluk eylediği,

2 - Isnat olunan fiilden dolayı tecavüz olunan şahıs hakkında kovuşturma icrasına başlanmış olduğu,

3 - Isnat edilen fiilin ispatında kamu yararı bulunduğu mahkemece karar verildiği,

4 - Müşteki ikame ettiği davadan dolayı icra kılınan yargılamayı kendisine isnat olunan fiilin sıhhat ve ademi sıhhatına dahi teşmil etmeyi açık olarak bizzat talep eylediği, takdirde kabul olunur.” şeklindedir.

⁵²⁴ Telenbach 2007, a.g.l.

⁵²⁵ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.230

Fransa’da olduğu gibi, insanın vücut bütünlüğü, hayatın korunması veya küçüklerin ahlaken sakınılması gerekilen hâllerde istisnalar tanınmıştır. İspanya ise prensip olarak isnadın ispatını kabul etmemiş, ancak bir memura görevine ilişkin işlem dolayısıyla yöneltilen bir isnadın ispatı kabul edilmiştir⁵²⁶.

TCK’nın 127. maddenin 1. fıkrası, “İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması hâlinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hâllerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hâllerde, eğer fail isnadı ispat ederse faile ceza verilmeyecektir. Öncelikle, isnadın ispatı için ispatlanabilir, somut bir olgunun bulunması gerekir. İspatı mümkün olmayan soyut kanaatlerin, değer yargılarının ispatı istenemez. Dolayısıyla, hakaretin seçimlik hareketlerinden “sövme” şeklinde yapılan hakaretlerde, isnadın ispatı kabul edilemez. Sadece, somut bir fiil veya olgu isnadı hâllerinde isnadın ispatı kabul edilebilir. Sövme hâlinde isnadın ispatını kabul etmek hem hukuken hem de ahlaken doğru değildir⁵²⁷.

Hükmün içeriğinden de anlaşıldığı gibi TCK, prensip olarak isnadın ispatına izin vermemiş, ancak kanunda gösterilen istisnai hâllerde isnadın ispatının kabul edilebileceğini öngörmüştür⁵²⁸. Dolayısıyla, isnat edilen fiilin gerçek olması tek başına suçun oluşumuna engel olmaz⁵²⁹.

Aslında, TCK’nın 127. maddesinin 1. fıkrasının “Bunun dışındaki hâllerde...” şeklinde başlayan üçüncü cümlesi TCK tasarısında yer almazken, TBMM Adalet Komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında tasarıya eklenmiştir ve bu şekilde kanunlaşmıştır. Görüşme tutanaklarında söz konusu eklemenin amacının ispat hakkına ilişkin Anayasa’nın 39. maddesiyle uyum sağlamak olduğu belirtilmektedir⁵³⁰. TCK’nın 127. maddesinin gerekçesinde “Madde metnindeki düzenleme yapılırken, Anayasamızın bu konuda belirlediği kurallar da göz önünde bulundurulmuştur.” şeklinde açıklama

⁵²⁶ Telenbach 2007, a.g.l.

⁵²⁷ Özbek 2005, a.g.e., s.274

⁵²⁸ Toroslu 2007, a.g.e., s.123; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.82

⁵²⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.437

⁵³⁰ Arısoy 2007, a.g.e., s.192

yapılarak bu husus vurgulanmıştır. TCK'nın 127. maddesinin, TCK tasarısının ilk hâlindeki şekli dikkate alındığında, isnadın ispatı müessesesinin Alman Hukuku'ndan esinlenerek hazırlandığı anlaşılmaktadır⁵³¹.

765 Sayılı TCK'nın 481. maddesinde düzenlenen isnadın ispatı TCK'da olduğu gibi prensip olarak isnadın ispatını kabul etmiyordu. Ancak, kabul edilen istisnalar açısından TCK'nın kapsamı daralttığı anlaşılmaktadır. 765 Sayılı TCK'da "mağdurun bir memur veya kamu hizmeti gören bir kimse ve isnat olunan fiilin de mağdurun yerine getirdiği göreve veya gördüğü kamu hizmetine ilişkin olması" ispat hakkının kullanılabileceği bir durum olarak öngörülmüşken TCK bu istisnalara yer vermemiştir. Hâlbuki mukayeseli hukukta, görevini yapan memurun söz konusu edildiği durumların, kamuyu ilgilendiren önemli olguların belki de en başında geldiği görülmektedir. Günümüzde demokratik devletlerde, devletin egemenlik yetkilerini kullanan kişilerin, vatandaşların ilgi odağını oluşturmaları ve onların eleştirilerine maruz kalmaları kaçınılmazdır⁵³². TCK'da bu hususun dikkate alınmaması bir eksiklik sayılabilir.

Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa'nın 39. maddesinde isnadın ispatı bir hak olarak ayrıca düzenlenmiştir⁵³³. Bu düzenlemeye göre, kamu görevi ve hizmetinde bulunan kişilerin bu görev ve hizmetleriyle ilgili konular hakkında yapılan isnatlarda, isnat eden kişiye ispat hakkının tanınması anayasal bir zorunluluktur. TCK'nın 127. maddesinde isnadın suç oluşturması veya isnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı varsa isnadın ispatı kabul edilebilecektir. Bu nedenle kamu yararının bulunup bulunmadığı hâkimin takdir hakkı kapsamındadır. Ancak, Anayasa'nın 39. maddesinde, kamu görevlilerine yapılan isnatlarda mutlak anlamda isnadın ispatı hakkı tanınmıştır⁵³⁴. Bu iki hükmün birbiri ile çeliştiği ileri sürülebilir.

⁵³¹ Soyaslan 2005, a.g.e. , s.261

⁵³² Telenbach 2007, a.g.l.

⁵³³ Anayasa Madde 39 - Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.

⁵³⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.437

Her ne kadar Anayasa'nın 39. maddesine bire bir uygun değilse de ve eksiklik olduğu kabul edilebilirse de TCK'nın 127. maddesinde Anayasa'ya aykırı bir durum bulunmamaktadır⁵³⁵. Anayasa'ya aykırı veya farklı herhangi bir durum olmamasına karşın TCK'nın 127. maddesinde, Anayasa'ya göre var olan bu eksikliğin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı, yani Anayasa'nın bu hükmünün doğrudan doğruya uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. 1982 Anayasası'nın doğrudan doğruya uygulanabilirliği olmayan çerçeve hukuk kuralları koyduğu ileri sürülebilecek olsa da Anayasa'nın birçok hükmünün vasıtasız şekilde, yani alt norma ihtiyaç olmaksızın uygulanabilme imkânı vardır. Örneğin, Anayasa yasama, yürütme ve yargı organları ile üyelerinin belirlenmesinde somut ve doğrudan doğruya uygulanabilir hükümler getirmiştir (1982 Anayasası 75. madde ve devamı maddeleri). Anayasanın bazı hükümleri doğrudan uygulanabiliyorsa, Anayasa'nın 39. maddesinin de doğrudan doğruya uygulanabilir olduğu kabul edilmelidir⁵³⁶. Bu sebeple, kamu görevlilerinin ve kamu hizmeti görenlerin bu görev ve hizmetlerine ilişkin isnatlarda hâkim, kamu yararı bulunup bulunmadığını araştırmamalı, Anayasa'ya göre, isnadın ispatını mutlak kabul etmeli ve ispata izin vermelidir. Kamu görevlilerinin ve kamu hizmeti görenlerin görev ve hizmetlerine ilişkin isnatlarda her zaman kamu yararı bulunduğu bu sebeple TCK'nın 127. maddesinin mutlak olarak uygulanabileceği ve Anayasa'nın 39. maddesiyle uyumlu olduğu ileri sürülmektedir⁵³⁷. Ancak aksi düşüncede olanlar her zaman bulunabilir. Bu sebeple, Anayasa'nın 39. maddesinin bu konudaki hükmü bir üst norm olarak her zaman dikkate alınmalıdır.

İsnadın ispatı müessesini, TCK'nın 127. maddesinin gerekçesi “Yine Anayasamıza göre, isnadın doğruluğunun ispat edilmiş olması hakaret suçunun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, hakarete bulunan kişi hakkında beraat kararı verilmelidir.” şeklinde açıklama yaparak, isnadın ispatını hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmiştir. İspat hakkının TCK'nın 26. maddesindeki hakkın kullanımı şartlarını taşımadığı iddia edilebilir. Ancak, Anayasa'nın 39. maddesinde isnadın ispatı, “ispat hakkı” başlığıyla bir hak olarak kabul edildiğinden, isnadın

⁵³⁵ Soyaslan 2005, a.g.e., s.260; Karşı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.437. (Yazar, TCK'nın 127. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmektedir.)

⁵³⁶ Şen 2006, a.g.e., s.558; Arısoy 2007, a.g.e., s.192

⁵³⁷ Arısoy 2007, a.g.e., s.192

ispatını, Anayasa'nın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Gerekçe de bu durumu dikkate alarak ispat hakkının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmiştir⁵³⁸.

TCK'nın 127. maddesi, üç ayrı durumda failin ispat hakkından yararlanabileceğini öngörmüştür. Bunlar; isnat olunan fiilin suç olması ve mağdurun bu suçtan mahkûm olması, isnat olunan fiilin ispatlanmasında kamu yararı bulunduğu mahkemece karar verilmesi ve hakarete maruz kalan, mağdurun isnadın ispatına izin vermesidir.

bb. Hakaretin İçeriğinin Suç Olması ve Mağdurun Mahkûmiyeti

Hakaret oluşturan fiilin suç olması ve mağdurun isnat edilen suçu işlediğinin ispatlanması hâlinde, faile hakaret suçundan dolayı ceza verilmeyecektir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi isnat edilen suçun yetkili ve görevli mahkemesinde yargılanması sonucunda, mağdurun mahkûm olması ve mahkûmiyetin kesinleşmesi hâlinde isnat ispatlanmış sayılacaktır. Mahkûmiyet dışında verilen her türlü karar, isnadın ispatlanmamış sayılmasını gerektirecek ve fail hakaret suçundan cezalandırılacaktır. Bu nedenle hakaret oluşturan suç isnadı, hakaret suçunun görüldüğü mahkemede görülemeyecektir. Eğer, isnat edilen suç, hakaret suçunu görmekte olan mahkemenin görevi içine giriyorsa ve dava aynı mahkemeye açılmışsa mahkemenin her iki davayı birleştirmeden ayrı ayrı görmesi ve hakaret oluşturan suçun görüldüğü davayı, isnat edilen suçun görüldüğü dava için bekletici mesele sayması gerekir⁵³⁹.

Hakaret suçuna bakan mahkeme suç oluşturan isnadın ispatının talep edilmesi hâlinde, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmalıdır. Cumhuriyet Savcılığı, soruşturma sonunda takipsizlik kararı verecek olursa isnat ispatlanmamış sayılacak ve fail hakaret suçundan mahkûm edilecektir. Eğer Cumhuriyet Savcısı dava açarsa ve dava görevli mahkeme tarafından kabul edilirse, hakaret suçunu yargılayan mahkeme, kovuşturmanın sonucunu bekleyecek, kovuşturma sonunda mahkûmiyet kararı

⁵³⁸ Şen 2006, a.g.e., s.561

⁵³⁹ Arısoy 2007, a.g.e, s.195

verildiğinde ve karar kesinleştiğinde isnat ispatlanmış sayılacak, mahkûmiyet dışında verilen her türlü kararda ise isnat ispatlanmamış kabul edilecektir⁵⁴⁰.

İsnadın suç oluşturması hâlinde, hakaret içeren suçun görevli mahkemesinde görülmesi, hakaret suçunu kovuşturan mahkemenin bu konuda herhangi bir görevinin bulunmaması sebebiyle, failin ispat konusunda herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple, burada ispat hakkından söz etmek pek de mümkün değildir⁵⁴¹.

İsnadın ispatının kabulü için hakaretin yapıldığı anda isnat edilen suç için kovuşturmanın sonuçlanmamış olması gerekir. Hakaret suçu, soruşturma veya kovuşturmanın devam ettiği bir sırada işlenmişse, hakaret suçuna bakan mahkemenin herhangi bir takibe gerek bulunmadan, soruşturma veya kovuşturmanın sonucunu beklemesi gerekir⁵⁴².

İspat hakkı, hakaret suçunun failine tanınmış bir haktır. Bu sebeple, bu hakkın kullanılmasına fail karar verebilir. Hâkim, ancak failin talebi üzerine suç oluşturan isnadın soruşturulması için suç duyurusunda bulunabilir. Failin isnadının gerçekliğini mahkemede savunması, isnadının gerçek olduğunu iddia etmesi, soruşturma açılması için yeterli değildir⁵⁴³. Fail, hiçbir delile dayanmayan soyut bir düşünceyle veya dedikodulara inanarak isnadının gerçekten doğru olduğunu düşünebilir ve bu inancını mahkemede dile getirebilir. Ancak, yeterli delile sahip olmadığını bildiğinden bu konuda şikâyetle bulunmamış da olabilir. Hiçbir somut delile dayanmadan, bir kişi hakkında yetkili mercilere suç duyurusunda bulunulması hâlinde TCK'nın 267. maddesinde düzenlenen iftira suçu gündeme gelebileceğinden sanık, böyle bir riske girmek istememiş ve bu sebeple şikâyet hakkını kullanmamış da olabilir. Bu sebeple, sanığın ispat hakkını doğrudan kullanması ve bu hakkı kullanmak istediğini mahkemeye açıkça bildirmesi gerekir.

⁵⁴⁰ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.83

⁵⁴¹ Soyaslan 2005, a.g.e., s.260; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.82

⁵⁴² Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.248

⁵⁴³ Karşı görüş için bkz. Arısoy 2007, a.g.e., s.194. (Yazar, failin isnadın doğruluğunu savunması halinde bu konuda mahkemenin resen suç duyurusunda bulunması gerektiğini ileri sürmektedir.)

Burada ispat hakkını kullanarak, mağdura suç isnadında bulunan kişi, iddialarını bu şekilde yetkili mercilere bildirmiş olacaktır. Bu nedenle isnadın, ispatlanamaması yani mağdurun mahkûm olmaması hâlinde, fail hakkında iftira (TCK madde 267) suçundan işlem yapıp yapılamayacağı tartışılabilir. Bu durumda, sanığın anayasal bir hakkını kullandığı, böyle bir hakkı kullanan kişinin sırf bu hakkı kullanmasından dolayı durumunun kötüleşmesine izin verilmemesi gerektiği ve bunun herhangi bir yaptırımını olmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴⁴. Ancak, iddia ve savunma dokunulmazlığında da bir hak kullanılmaktadır. İddia ve savunma dokunulmazlığında sanığa böyle bir hak tanınmadığı düşünüldüğünde, hakaret suçundan savunma yapan failin, somut hiç bir dayanağı olmadan veya mağdurun suçsuz olduğunu bile bile suç isnadının soruşturulmasını talep etmesi hâlinde artık hakaret suçundan değil, iftira suçundan yargılanması gerektiği ileri sürülebilir.

İsnadın ispatının kabulünün sebeplerinden biri gerçeğin ortaya çıkması olsa da en önemli sebeplerinden biri basının bilgilendirme ve denetleme hak ve görevinin korunmasıdır⁵⁴⁵. Ancak, basının suç oluşturan isnatlarının, TCK'nın 267. maddesi kapsamında iftira suçunu oluşturacağı dolayısıyla isnadın ispatı müessesesinin bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde uygulanamayacağı ortadadır. Basının bu handikabı haber verme hakkı kapsamında giderilebilir.

Sanık, isnadın ispatını talep ettiğinde ve mahkeme tarafından soruşturma yapılması için suç duyurusunda bulunulması hâlinde TCK'nın 67. maddesi 1. fıkrası⁵⁴⁶ gereğince soruşturma ve kovuşturma sonuçlanıncaya kadar dava zamanaşımı duracaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi isnadın ispatının kabul edilebilmesi için, isnat edilen suçun bir soruşturma veya kovuşturmayla sonuçlanmamış olması gerekir. Eğer, fail daha önce ispat edilmiş bir fiilden yani mağdurun mahkûm olduğu bir suçtan bahisle hakaret etmişse faile hakaret suçundan ceza verilecektir. Kanun, işlediği fiilden

⁵⁴⁴ Özbek 2005, a.g.e., s.275

⁵⁴⁵ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.225

⁵⁴⁶ TCK'nın 67. maddesi – “(1) Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hâllerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur.” şeklindedir.

daha önce mahkûm olmuş bir kişinin onurunun rencide edilmesini kabul etmemiştir⁵⁴⁷. Böylece kanun koyucu, bir defa suç işleyen kişinin işlemiş olduğu bu suçun sonuçlarına ömür boyu katlanmak zorunda bulunmadığını vurgulamak istemiştir. Zira suç işleyen kişi cezasını çekmiş, ıslah olmuş kabul edilir⁵⁴⁸.

Kanun gerekçesinde “hakkında başlatılan soruşturma sonucunda takipsizlik kararı veya açılan davada düşme veya beraat kararı verilmiş kişiye, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilden bahisle hakaret edilmiş olması hâlinde hakaret edenin cezalandırılacağında kuşku yoktur.” şeklinde açıklama yapılarak, açılan davada düşme kararı verilmesi hâlinde, isnadın ispatlanmadığını kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Şikâyetçinin yani isnat edilen suçun failinin ölümü hâlinde (TCK madde 64/1), isnat edilen suçun genel affa uğraması hâlinde (TCK madde 65) ve suçun zaman aşımına uğraması hâlinde (TCK madde 66) davanın düşmesine karar verilecektir. İsnadın ispatı, istisnai bir durum olduğundan bu gibi hâllerde isnat ispat edilmemiş kabul edilecek ve hakaret suçu faili mahkûm edilebilecektir.

cc. İsnadın İspatında Kamu Yararının Bulunması

Kanunun isnadın ispatına izin verdiği ikinci hâl, isnat edilen fiilin ispatında kamu yararının bulunmasıdır. Eğer, isnat edilen fiil hakaret suçu oluşturuyor ve fiilin içeriğinde kamu yararı bulunuyorsa isnadın ispatı kabul edilecektir. İsnat edilen fiilin öğrenilmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir⁵⁴⁹. Tabi ki isnat olunan fiilin suç oluşturan bir fiil olmaması gerekir. Eğer fiil, suç oluşturunca TCK’nın 127. maddesinin 1. fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi gereğince işlem yapılacaktır.

TCK’nın 127. maddesi “...isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına...” şeklinde düzenleme yapmak suretiyle 765 Sayılı TCK’da eleştirilen “isnadın ispatında kamu yararının bulunması şeklindeki

⁵⁴⁷ Soyaslan 2005 a.g.e.,s.261

⁵⁴⁸ Özbek 2005 ag.e.,s.275

⁵⁴⁹ Centel, Zafer ve Çakmut 2007 a.g.e.s.,s.249

düzenlemeyi düzeltmiştir. Isnadın ispatında kamu yararı bulunmaz; ancak, isnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunabilir⁵⁵⁰.

İsnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararının bulunması hâli esnek bir içeriğe sahiptir. Kamu yararı kavramı, sınırları belirlenebilen, tam anlamıyla tanımı yapılabilen bir kavram değildir. Hangi hâllerde, isnadın doğruluğunun belirlenmesinde kamu yararının bulunduğu tespitindeki güçlük sebebiyle, söz konusu hükmün suçların kanuniliği ilkesiyle bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür⁵⁵¹. Ancak, aynı iddia hakaret suçu için de ileri sürülebilir. Fakat, hiçbir hukuk sistemi bu iddiayı kabul etmemektedir⁵⁵².

İsnadın ispatında kamu yararının bulunup bulunmadığını tespit; iddianın toplumun tümünü veya belirli bir kesimini ilgilendirip ilgilendirmediği, mağdurun sosyal statüsü, toplumda üstlendiği görev dikkate alınabilir⁵⁵³. Mağdurun, özel hayatını ilgilendiren isnatlarda kural olarak kamu yararının bulunmadığı kabul edilmelidir. Anayasanın “Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz.” Şeklindeki düzenlemesi de dikkate alınarak, özel hayatla ilgili isnatlarda kamu yararının bulunmadığı kabul edilmeli ve bu tür isnatların ispatına izin verilmemelidir. Aksi takdirde, özel hayatın gizliliğine dokunulmuş ve kişilerin özel hayata müdahalesine izin verilmiş olur⁵⁵⁴. Bu gibi durumlarda ifade hürriyeti ve bu kapsamda ele alınan haber verme hakkı hukuka uygunluk sebeplerinin dikkate alınması gerekebilir. Ancak Anayasanın 39. maddesi ile ilgili daha önce yapılan açıklamalar ışığında, Kamu görevlileri ile ilgili isnatlarda kamu yararının bulunduğu her zaman kabul edilmelidir.

Şerefe karşı suçlarda isnadın ispatı, kural olmayıp istisnadır. Kural olarak, ispat hakkı yoktur ve esas olan kişinin şeref ve saygınlığının korunmasıdır⁵⁵⁵. Özellikle, kamu yararı belirlenirken bu hususun dikkate alınması gerekir; kamuya mal olmuş veya kamu görevine talip veya kamu görevini yerine getiren kişilerin görevini etkileyecek bir

⁵⁵⁰ Özbek 2005 a.g.e.,s.274; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981 a.g.e.,s.235

⁵⁵¹ Soyaslan 2005 a.g.e.,s.261

⁵⁵² Telenbach 2007 a.g.l.

⁵⁵³ Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.83

⁵⁵⁴ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981 a.g.e.,s.296; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993 a.g.e.,s.2286

⁵⁵⁵ Soyaslan 2005 a.g.e.,s.262

hastalığının bulunduğu bilinmesinde kamu yararı vardır. Ancak, bu kişinin giydiği iç çamaşırının renginin bilinmesinde kamu yararı vardır denemez⁵⁵⁶.

dd. Mağdurun Isnadın İspatına Razi Olması

Şikâyetçinin isnadın ispatına razı olması hâlinde mahkeme, isnadın ispatı talebini kabul etmek zorundadır. Şikâyetçiye tanınmış olan bu hak, sadece Türk ve İtalyan Ceza Kanunlarında bulunmaktadır⁵⁵⁷. Başkaca hukuk sistemlerinde bulunmayan bu hüküm, şikâyetçiye kendi özel hayatına girilip girilmemesi hakkında bir tercih hakkı verir. Ancak, isnadın ispatını kabul etmeyen kişinin saklayacak bir şeyi olduğu, bu şekilde kusurunu itiraf ettiği şeklinde değerlendirme yapılabileceğinden artık şikâyetçi için serbest bir seçimden bahsedilemeyebilir. Bu sebeple şikâyetçinin özel hayatına ilişkin isnatlarda bile manen isnadın ispatını kabule zorlanacağından dolayı bu hüküm eleştirilmiştir⁵⁵⁸.

Bunun yanında, bu hükmün yerinde olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüş taraftarları, “doğru imiş gibi söylenen sözlerden dolayı sanığın mahkûm olması, şikâyetçi üzerindeki kötülük veya suçluluk karinesini bertaraf edemez; şikâyetçi, sanığın hem cezalandırılmasını hem de isnatların gerçek olmadığının anlaşılmasını isteme hakkına sahiptir.” şeklinde açıklama getirmektedirler⁵⁵⁹.

Şikâyetçinin isnadın ispatına razı olması hükmünün uygulanabilmesi için söz konusu isnadın suç oluşturmaması gerekir. Ayrıca, şikâyetçinin ispata razı olması hâlinde isnadın gerçek olup olmadığının ortaya çıkmasında kamu yararı bulunması gerekmez.

İsnadın ispatına razı olacak kişi “şikâyetçidir”. Buradaki şikâyetçiden kasıt, şikâyet muhakeme şartına⁵⁶⁰ bağlı bulunan hakaret hâllerindeki suçun mağdurunu anlamak gerekir⁵⁶¹. Şikâyete bağlı olmayan kamu görevlisine görevinden dolayı yapılan hakaret isnatlarında ise zaten genellikle isnadın gerçekliğinin anlaşılmasında kamu

⁵⁵⁶ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar 1992 a.g.e.,s.342

⁵⁵⁷ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981 a.g.e.,s.236; Telenbach 2007 a.g.l.

⁵⁵⁸ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950 a.g.e.,s.198; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981 a.g.e.,s.236; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007 a.g.e.,s.439; Centel, Zafer ve Çakmut 2007 a.g.e.,s.249

⁵⁵⁹ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993 a.g.e.,s.2287

⁵⁶⁰ Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey, ve Ayşe Nuhoğlu. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2006 s.74

⁵⁶¹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar 1992 a.g.e.,s.343

yararı bulunur⁵⁶². Bunun yanında, Anayasa'nın 39. maddesi gereğince kamu görevlisinin göreviyle ilgili isnatlarda failin ispat hakkı zaten bulunduğundan mağdurun isnadın ispatına razı olup olmadığını aramadan ispat hakkının kabulü gerekir⁵⁶³.

İspatın kabulü için şikâyetçinin isnadın ispatına razı olduğunu, açıkça belirtmiş olması gerekir. Yani hâkim huzurunda rızanın açıkça sözlü veya yazılı olarak ortaya konması gerekir. Yargılama dışında yazılı veya sözlü olarak yapılan rıza açıklamaları, rızanın varlığının kabulü için yeterli değildir⁵⁶⁴.

Şikâyetçinin isnadın ispatına razı olduktan sonra rızadan vazgeçmesi, rızayı geri alması mümkün değildir. Ancak hakaret suçunun şikâyete bağlı olduğu hâllerde, şikâyetçinin her zaman şikâyetinden vazgeçerek isnadın ispatına engel olması mümkündür⁵⁶⁵.

İsnadın ispatı, kural olmadığından isnadın gerçekliğinin ispatına izin verilmesi şarttır. İsnadın yayılmış olması veya böyle bir söylentinin yaygın olduğunun ispatına izin verilemez⁵⁶⁶.

Şikâyetçi, birden fazla olduğunda, mesela dolaylı hakaret suçunda, her şikâyetçinin ayrı ayrı ispata razı olması gerekir. Sadece şikâyetçilerden birinin ispata razı olması hâlinde, ispat talebi kabul edilemez⁵⁶⁷.

Mağdur hayatta bulunduğu sırada hakarete uğramış ve şikâyetten sonra dava sonuçlanmadan veya şikâyet hakkını kullanma süresi içinde ölmüşse TCK'nın 131. maddesine göre belirli derecede yakınları şikâyet haklarını kullanabileceklerinden isnadın ispatına rıza gösterme hakları vardır⁵⁶⁸. Ancak, ölen kişinin hatırasına hakaret hâlinde (TCK madde 130) yakınlarının şikâyetçi olması durumunda, bu kişilerin isnadın ispatına razı olmaları kabul edilemez. Çünkü TCK'nın 127. maddesinin birinci fıkrası, yaşayan kişiler hakkında isnadın ispatını kabul etmiştir⁵⁶⁹. İsnadın suç oluşturmada durumunda dahi, suç oluşturan isnadın faili, yani hakaret suçunun mağdurunun ölümü

⁵⁶² Arısoy 2007 a.g.e.,s.196

⁵⁶³ Şen 2006 a.g.e.,s.559

⁵⁶⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994a.g.e.,s.343

⁵⁶⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950 a.g.e.,s.200

⁵⁶⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950a.g.e.,s.200

⁵⁶⁷ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994 a.g.e.,s.343

⁵⁶⁸ Arısoy 2007 a.g.e.,s.196; Karşı görüş için bkz. Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994 a.g.e.,s.344. (Yazar mağdurun şikâyet etmesinden sonra, kovuşturma aşamasında mağdurun ölmesi halinde, ispat talebini karşılayabilecek, ikame olunan delilleri çürütecek taraf bulunamayacağından ispat iddiasının kabul edilemeyeceği ileri sürmektedir.)

⁵⁶⁹ Şen 2006 a.g.e.,s.561

sonucunda davanın düşmesine karar verilmesi hâlinde isnadın ispatlanmamış sayıldığını kabul eden kanun koyucunun, ölmüş kişinin yakınlarının ispata rıza göstermelerini kabul ettiği söylenemez. Isnadın ispatının istisna olması hususu burada da dikkate alınmalıdır.

ee. Isnadın İspatında Usul

Kanun, ispat hakkının davanın hangi aşamasında talep edilebileceği ve şikâyetçinin hangi aşamaya kadar bunu kabul edebileceği hususunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. 765 Sayılı TCK’da ispat hakkının kullanılması herhangi bir süreye bağlanmamıştır. TCK’da da herhangi bir sınırlama getirilmediğinden karar kesinleşinceye kadar, davanın her aşamasında isnadın ispatının talep edilebileceği ve ispata rıza gösterilebileceği kabul edilmelidir⁵⁷⁰.

İsnadın suç oluşturmaya hâlinde daha önce açıklandığı gibi herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, kamu yararı bulunması ve ispata razı olunması hâllerinde ne tür bir usul izleneceği kanunda düzenlenmemiştir. Suç olmayan bir konunun ispatının kabulü hâlinde, davaya bakan mahkeme tarafından suçun sübutundan Önce çözümlenmesi gereken bir mesele vardır. Bu meselenin davaya bakan mahkeme tarafından çözümlenmesi ve hakaret davası hakkında buna göre bir karar verilmesi gerekecektir. Bu karar, CMK’nın 218. maddesinin 1. fıkrasında belirlenen “ceza muhakemelerinin ek yetkisi” kapsamında, hakaret davasına bakan mahkeme tarafından çözümlenebilir⁵⁷¹. Şikâyetçi özel bir muhakeme usulüne tabi veya başka bir mercide yargılanması gereken bir kimse olsa da, yine davaya bakan mahkeme tarafından söz konusu mesele çözümlenmelidir. Mahkeme, isnadın gerçekliği konusunda nispi muhakeme gerçekleştirecek ve isnadın gerçek olup olmadığına karar verecektir⁵⁷². Eğer, isnad hukuk veya idare mahkemesinde görülmesi gereken bir uyuşmazlığa ilişkinse, hukuk veya idare mahkemesinde açılmış bir dava varsa mahkemenin bu davanın sonucunu bekletici mesele sayması gerekir.

Hukuk veya idare mahkemesinde dava açılmamışsa ve açılmayacaksa, mahkeme isnadın gerçekliğini kendisi araştırarak ve bu konuda bir karar verecektir.

⁵⁷⁰ Özbek 2005 a.g.e.,s.271; Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.s.83

⁵⁷¹ Arisoy 2007a.g.e.,s.198

⁵⁷² Kunter, Yenisey ve Nuhoglu 2006 a.g.e.,s.272; Soyaslan 2005 a.g.e.,s.263

Ancak, nispi muhakeme usulüne göre araştırma yapılacağından, isnat konusunda verilen karar, yargı otoritesi kazanmayacak, dolayısıyla daha sonra açılacak davalar için herhangi bir bağlayıcılığı olmayacaktır⁵⁷³.

İsnadın ispatı ile ilgili yükümlülük faile aittir. İsnadın nasıl ispatlanacağı, hangi delillerin toplanması gerektiği fail tarafından bilinmektedir. Bu sebeple, isnat fail tarafından gösterilecek delillerle ispat edilebiliyorsa, edilmelidir. Mahkemenin delil toplama, ispat konusunda resen araştırma yapma yetkisi yoktur. Kanun tarafından istisnaen kabul edilen hukuki bir müessese için, mahkemenin faile yardımcı olması beklenmemelidir⁵⁷⁴.

İsnadın ispatı kabul edildiğinde, mahkeme, İsnadını ispat etmek isteyen faile delillerini mahkemeye sunması için uygun bir süre vermeli, failin davayı uzatma, sürüncemede bırakmasına izin vermemelidir. Failin sunduğu delillere karşı mağdur ve Cumhuriyet savcısı da karşı delillerini sunabilir⁵⁷⁵.

İsnadın ispatı, TCK'nın gerekçesinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle isnad ispatlandığında, CMK'nın 223. maddesinin ikinci fıkrasının d bendi gereğince beraat kararı verilmelidir. Ancak, öğretilerde bu husus tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu durumda, kişiye ceza verilemeyeceğini, bu sebeple “ceza verilmesine yer olmadığına” karar vermek gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁷⁶. Bazı yazarlar ise isnadın ispatı hâlinde “düşme” kararı verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁷⁷. Ancak daha öncede belirtildiği gibi her ne kadar TCK'nın 26. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri şartlarını taşımasa da Anayasanın 39. maddesinde “ispat hakkı” şeklinde düzenlenmiş olması hususu da dikkate alınarak isnadın ispatının bir hukuka uygunluk sebebi olduğunun kabulü ve isnadın ispat edilmesi hâlinde hakaret suçunun faili hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

d. Terbiye Etme Hakkı

Bazı hâllerde mevzuat, bazen de örf ve adet, bazı kişilere; terbiyeye ve eğitime ihtiyacı olan bazı kişileri, terbiye etme ve eğitime hakkı vermiştir. MK'nın 340.

⁵⁷³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu 2006 a.g.e.,s.274

⁵⁷⁴ Soyaslan 2005 a.g.e.,s.263; Arısoy 2007 a.g.e.,s.198

⁵⁷⁵ Soyaslan 2005 a.g.e.,s.263

⁵⁷⁶ Özbek 2005 a.g.e.,s.275

⁵⁷⁷ Soyaslan 2005 a.g.e.,s.264; Centel, Zafer ve Çakmut 2007 a.g.e.,s.250; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007 a.g.e.,s.439; Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.82

maddesi, anne ve babaya, çocuğu eğitme, her konuda gelişimini sağlama ve koruma görevi vermiştir. Yine, MK'nın 445. maddesi de küçüğün vasisinin de aynı haklara sahip olduğunu öngörmüştür. Bu hakkın, terbiye etme hakkını da kapsadığı açıktır. Bu hak kapsamında, ergin olmayan yani 18 yaşını doldurmamış olan küçüğe; hakaret içeren fiiller gerçekleştiren anne, baba ve vasi hakkını kullanmış sayılacak ve hukuka uygunluk sebebinden faydalanacaktır⁵⁷⁸.

Her ne kadar örf ve âdet, hakkın kullanılması kaynaklarından biri değilse de terbiye etme hakkında örf ve âdeti kaynak olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, örf ve âdete göre terbiye etme hakkına sahip olan kişilerin, hakaret içeren fiilleri, hakkın kullanımı kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁷⁹. Bu kapsamda, anne ve baba yanında, amca, dayı, teyze, hala, ağabey, abla, komşu ve öğretmen gibi kimselerin bu haktan faydalanması kabul edilebilir⁵⁸⁰.

Bir meslek ve sanat öğretmekle yükümlü bulunan kimseler üzerinde de bazı kimselerin terbiye etme hakkı olabilir⁵⁸¹. Örneğin, geleneksel usta-çırak ilişkisinin geçerli olduğu mesleklerde ustanın, çırak üzerinde hem meslek konusunda eğitme hem de terbiye hakkı bulunur. Bu hakkın kaynağı da örf ve adettir.

Ancak, bu hakkın kullanılmasında sınırın yine örf ve adet dikkate alınarak ve küçüklerin, öğrencilerin şeref haklarının önemi ve ruhi gelişimlerine etkileri çerçevesinde sağlıklı bir şekilde tespit etmek gerekir⁵⁸². Bu hakkın sınırı tespit edilirken, tedip hakkına sahip olanın, çocukla yakınlığı da önemlidir. Mesela, anne babanın hakkının sınırı ile komşunun haklarının sınırı arasında fark olması doğaldır ve komşunun bu hakkının çok sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Ancak, her hâlde genel olarak herkes için bu hakkı sınırlı tutmak gerektiği de açıktır.

⁵⁷⁸ Çetin 2007, a.g.e., s.263

⁵⁷⁹ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.142

⁵⁸⁰ Çetin 2007, a.g.e., s.263

⁵⁸¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.536

⁵⁸² Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.143

Tedip hakkı, ahlaka aykırı olmamalı, kişinin sağlığını dikkate almalı, ölçülü olmalıdır⁵⁸³. Ölçüsüz ve çocuğun ruhsal gelişimini olumsuz etkileyen bir fiil, sınırı aşmış olabilir.

C. Mağdurun Rızası

TCK, 26. maddesi 2. fıkrasında “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” şeklinde düzenleme yapmak suretiyle, mağdurun rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmiştir.

Madde metninde açıkça belirtildiği gibi rızanın, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak konusunda suçun işlenmesi gerekir. Şeref ve saygınlık, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olarak kabul edilmektedir⁵⁸⁴. Bu sebeple mağdurun rızası, hakaret fiilleri için hukuka uygunluk sebebidir. Eğer, fiilin işlenmesi sırasında mağdurun rızası varsa tahkir içeren isnatlar suç oluşturmayacaktır.

Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği hak, kendine ait şeref hakkıdır. Bu sebeple, farklı hukuki menfaatlerin kendi hakkıyla birlikte korunduğu fiillerde, kendi hukuki menfaati açısından rıza hüküm ifade edebilirse de korunan diğer hukuki menfaatler yönünden rıza, hüküm ifade etmeyecektir. Dolayısıyla, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçlarında (TCK 125/3-a), kamu görevlisinin rızası hukuka uygunluk sebebi sayılamaz⁵⁸⁵.

Rıza, fiil işlenmeden önce ve fiilin işlenmesi sırasında bulunmalıdır. Bunun yanında hakaretin yapıldığı sırada, rızanın varlığını koruması şarttır. Failin fiilinden sonra verilen rızaya, icazet denir. İcazet, hukuka aykırı fiili hukuka uygun hâle

⁵⁸³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.536

⁵⁸⁴ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.81; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.319; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.541

⁵⁸⁵ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.81; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.541

getirmez⁵⁸⁶. Ancak, hakaret suçu, şikâyet tabi suçlardan olması sebebiyle şikâyetten vazgeçme sonucunu ortaya çıkarır.

Rıza açıklaması, açıkça yapılabileceği gibi örtülü de (zımni) olabilir. Rıza, yazılı veya sözlü olabileceği gibi işaretle de olabilir⁵⁸⁷.

Rızanın, açık olarak verilmesi hâlinde sorun yoktur. Ancak, örtülü rıza konusunda çok dikkatli olmak gerekir. Örneğin, bir basın mensubunun resmini çekmesine izin veren ve poz veren kişinin bu resmi haber olarak kullanılacağını ve resmin kullanılmasına örtülü rıza verildiğini kabul etmek gerekir. Ancak, kendisine yapılan hakarete ses çıkarmayan, şikâyetçi olmayan kişinin, bir süre sonra aynı hakaretin yapılmasına rıza gösterdiği söylenemez. Örtülü rıza, örf ve adetten de kaynaklanabilir. Arkadaşlar arasında tahkir sözlerinin devamlı söylenmesine rağmen, arkadaşlığını devam ettiren kimsenin, tahkir içeren sözlerin söylenmesine rıza gösterdiğini kabul etmek gerekir⁵⁸⁸.

Rızanın varlığının kabul edilmesi için mağdurun hangi fiillere rıza gösterdiğinin tespiti ve farklı fiiller gerçekleştirilmiş ise rızanın bulunmadığını kabul etmek gerekir. Rıza, hangi çerçevede verilmişse o çerçevenin aşılmadığını tespit etmek gerekir. Ayrıca mağdurun, kimin hakaretine rıza göstermişse, fiilin o kişi tarafından işlenmesi gerekir. Bir kişi samimi bir arkadaşının tahkir fiiline razı olabilir; ancak, bir başkasının aynı fiilleri işlemesine razı olmayabilir⁵⁸⁹.

Yargıtay, bir kararında, iki halk ozanı arasında yapılan taşlama etkinliğinde, tarafların örf ve adet gereğince karşılıklı olarak tahkir edici sözlere rıza gösterdiklerini kabul etmiş; ancak bu rızanın, söz konusu tahkir içeren sözün basın ve yayın yoluyla duyurulmamasına rıza gösterme anlamını taşımayacağına hükmetmiştir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.78

⁵⁸⁷ Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1983, a.g.e., s.77

⁵⁸⁸ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.320

⁵⁸⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.320

⁵⁹⁰ “Oluşa uygun kabule göre sanığın söylediği ve daha sonra yayımladığı taşlamada katılanı “eşek” olarak nitelediği saptanmıştır. Mahkemenin ise suçun maddi ögesinin oluştuğu ve fakat halk ozanı arasındaki taşlamalarda bu tür şakaların yapıldığı, o nedenle suçun manevi ögesinin bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Sövme suçu, kişinin onuruna karşı bir cürümdür ve kişinin korunan menfaat/değer konusunda tasarruf yetkisi bulunduğundan rıza göstermesinin hukuka aykırı eylemi hukuka uygun kılacağı ve dolayısıyla söz konusu suçun hukuka aykırılık ögesinin ortadan kalkacağı

Rızanın geçerli olabilmesi için, rıza veren kişinin temyiz kudretine sahip olması gerekir. Hakaretin, temyiz kudretine sahip olmayan akıl hastalarına, küçüklere vs. yapılması hâlinde bunların rızası geçerli olmayacaktır⁵⁹¹. Şeref, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu sebeple, ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ve kısıtlıların verdikleri rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir.

D. Kanun Hükmünü (Görevi) Yerine Getirme

TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Burada, görevin yerine getirilmesi söz konusudur. Kanunun emrini yerine getiren görevini yapmış olur⁵⁹².

Görevlerini yerine getirirken bir şekilde kişiler hakkında isnatlarda bulunan kimse, görevini yerine getirdiğinden hukuka uygunluk sebebinden faydalanır. Şahit ve bilirkişi sıfatıyla gördüklerini, algılarını yetkili merciler huzurunda açıklayan kimse, bu açıklamaları sırasında hakaret oluşturan sözler söylerse veya tespitlerde bulunursa, görevini yerine getirdiği için hukuka uygunluk sebebinden faydalanır⁵⁹³. Yine savcının, sanık veya şüpheli hakkında hakaret oluşturan isnatlarda bulunması, daha önce suç işlendiği için sabıkalı olduğundan bahsetmesi görevi gereğidir.

Görevin yerine getirilmesi kanunun çizdiği sınırlar içinde gerçekleştirilmelidir. Kanunun verdiği yetkiyi aşan, görevi sırasında hiç gereği yokken veya yetkisi içinde değilken kişiye gereksiz isnatlarda bulunan görevli görevinin sınırını aşmış olur. Örneğin, şahidin bilerek, kasten gerçeğe aykırı hakaret içeren isnatlarda bulunması hâlinde sınır aşmış sayılır ve yalancı tanıklıktan yargılanması gündeme gelebilir⁵⁹⁴.

açıktır. Katılan ve sanık Ş.M.'nin sözlü atışmalarda bu tür şakalara rıza gösterdikleri anlaşılmakta ve fakat bunların yayımlanmasına rıza gösterdiklerine ilişkin bir kanıt dosyada rastlanmamakta, üstelik tanıklardan M.Y.'de yayımlanmasının doğru olamayacağı konusunda, sanık Ş.M.'yi uyardığında “doğruyu söylemişimdir” dediğini açıklamaktadır. Bu durum, karşısında, katılanın suç konusu şiiirin yayımlanmasına rızasının bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve bulunmasına ilişkin kanıtlar gösterilmeden, yazılı gerekçe ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” Yargıtay 4. CD 24.2.1994 983/1502 (Çetin 2007, a.g.e., s.276)

⁵⁹¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.544

⁵⁹² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.486

⁵⁹³ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.321

⁵⁹⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.322; Bir manevi ödençe davasında katılan yargıca karşı tanıklık yapan sanığın eyleminde, hakaret suçu öğelerinin nasıl oluştuğu karar yerinde tartışılmadan, yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Yargıtay 4. CD 14.10.1996 6575/7489 (Çetin 2007, a.g.e., s.283)

E. Meşru Savunma

TCK 25. maddesi 1. fıkrasında “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” şeklinde düzenleme yaparak, meşru savunma hâlini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir. Meşru savunma hâlinin, kabul edilebilmesi için gerçekleşen veya gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir saldırı bulunmalı ve o saldırının, o anda saldırıyla orantılı bir biçimde def etme zorunluluğunun bulunması gerekir⁵⁹⁵.

Hakaret suçu, soyut tehlike suçudur; dolayısıyla sırf hareket suçudur. Hareketin yapılmasıyla suç oluşur ve zarar gerçekleşmiş sayılır. Meşru müdafaa, zarar gerçekleştikten sonra söz konusu olamayacağından hakaret suçlarında meşru müdafaaдан genellikle bahsedilemez.

Ancak, hakaret birçok hâlde iletişim vasıtalarıyla yapılabilir. Bu durumda, hareket gerçekleşmeden yani 3. kişilere iletilmeden önce iletmeyi önlemek mümkün olabilir. Eğer, hakaret içeren sözlerin veya resmin, herhangi bir vasıtayla mesela cep telefonu ile iletilmek istenmesi hâlinde ve bu durumu mağdurun bir şekilde öğrenmesi durumunda, iletimi engellemesi mesela sanığa ait cep telefonuna yazılan hakaret içerikli yazıyı veya resmi silmesi veya sanığa ait cep telefonunu kırması hâlinde meşru müdafaa kabul edilebilecektir. Yine böyle bir mektubun veya fotoğrafın zorla sanığın elinden alınması, sanığın elinden alınırken şiddet kullanılması hâlinde eğer meşru müdafaa sınırları aşılmamışsa mesela sadece kişinin elinin bükülerek alınması hâlinde sınırın aşılmadığı kabul edilebilir.

Hakaret fiili işlendikten sonra verilen karşılıklar ise meşru savunma kapsamında değerlendirilemez. Suç işlendikten sonra, bir şekilde karşılık verilmesi hâlinde mağdurun haksız tahrik altında hareket ettiği kabul edilebilir. Ancak, bu eylem, meşru savunma olarak kabul edilemez⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s. 178, Madde Gerekçesi

⁵⁹⁶ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.323

II. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN SEBEPLER

1. Genel Olarak

Kusur veya kusurluluk, işlediği bir fiille ilgili olarak kişideki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite istinaden gerçekleştirilen eylem dolayısıyla failin şahsen cezalandırılması gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade eder⁵⁹⁷.

İşlenilen fiil ile fail arasındaki zihni (psikolojik) bağ sebebiyle faili kusurlu sayarak sorumlu tutarız. Kusurluluk, suçun her türlü psikolojik görünüşünü ifade eder⁵⁹⁸. Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir. Hukuka uygun hareket etme imkân ve kabiliyeti bulunan bir kişi buna rağmen suç işlemiştir. Bu sebeple, bu kişi kınanabilir; yani kusurlu bir kişidir. Kınanabilme, bir değer yargısı olduğundan suç, kişinin kusuru olmaksızın işlense de suç olma vasfını devam ettirmektedir. Dolayısıyla, kusur, suça etki eden bir neden, bir cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilir⁵⁹⁹. Hukuka uygunluk sebepleri, fiili hukuka uygun hâle getirdiğinden, artık o fiilin haksızlığından bahsedilemez, ancak kusurluluğu etkileyen sebeplerin varlığı fiilin haksızlık içeriğini ortadan kaldırmadığından, fiil, hukuka aykırı olmaya devam eder ve ceza verilmesi de, haksız fiilden dolayı tazminat davasına konu olabilir. Hakaret suçlarında kusurluluğu etkileyen sebepler amirin emrini yerine getirme ve özel haksız tahrik halleri başlıkları altında sınırlanarak ele alınabilir.

2. Amirin Emrini Yerine Getirme

Amirin emrini yerine getirme, görevin yerine getirilmesiyle ilgili hükümlerle kısmen paralellik gösterir. Çünkü emri yerine getirmek, aynı zamanda görevin ifası olarak değerlendirilir⁶⁰⁰.

TCK'nın 24. maddesinde düzenlenmiş olan bu konu⁶⁰¹, öğretide hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmekte idi⁶⁰². TCK ise amirin emrini yerine

⁵⁹⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e., s.617

⁵⁹⁸ Erem, Faruk. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Cilt 1. Ankara: Seçkin Kitabevi, 1984. s.487

⁵⁹⁹ Özen, Muharrem. «**Hakaret ve Söyme Suçlarında Özel Tahrik Halleri**» Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 51, S., 3 (2002), s.29

⁶⁰⁰ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.322

getirmeyi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmemiş, kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak kabul etmiştir. 24. maddenin gerekçesi, “...yerine getirme zorunluluğu esasen hukuka aykırı bir emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk emri verene aittir⁶⁰³...” şeklinde açıklama getirerek, amirin emrinin yerine getirilmesi durumunda aslında suçun oluşacağı, emri yerine getirenin kusurunun bulunmaması sebebiyle cezalandırılmayacağı, ancak emri verenin cezalandırılacağı, dolayısıyla eylemin hukuka uygun hâle gelmediği, suç olmaya devam ettiği kabul edilmiş; bu sebeplerle emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemiştir.

Bu durumda, bir suç hakkında araştırma yapan bir görevli, astına bu konuda bir emir verdiğinde, emri alan görevli tarafından, bu emirle ilgili kişi hakkında elde edilen ve hakaret içeren bilgileri, raporla amirine sunan kişi açısından suç oluşmayacaktır. Emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, amirin böyle bir emri vermeye yetkili olması, memurun bu emri yerine getirmekle görevli olması ve verilen emrin kanunlara uygun olması gerekir⁶⁰⁴.

TCK’nın 24. maddesinin 3. fıkrası ve Anayasa’nın 13. maddesinin 2. fıkrasına göre konusu suç teşkil eden bir emir yerine getirilemez. Konusu suç teşkil eden bir emir, emri yerine getireni sorumluluktan kurtarmaz. Suç olan bir emri yerine getiren emri veren gibi sorumlu tutulur.

Bu çerçevede, herhangi bir suç araştırması dışında ve böyle bir görev verilmemişken, belirli bir kimsenin özel hayatına ilişkin araştırmalar yapılması, duyulması hâlinde kişinin şeref ve saygınlığını rencide edecek bilgilerin toplanması

⁶⁰¹ TCK’nın 24. maddesi – “(2)Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” şeklindedir.

⁶⁰² Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.322, Yazar, amirin emrini yerine getirmeyi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilir.

⁶⁰³ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.177

⁶⁰⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.322

hâlinde, hiç kimsenin böyle bir emir vermeye yetkili olmaması ve böyle bir emri yerine getirmenin suç oluşturması nedeniyle emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz⁶⁰⁵.

TCK'nın 24. maddesinin 4. fıkrasında emrin, hukuka uygun olup olmadığını denetlemenin kanun tarafından engellendiği hâllerde, emri verenin sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Özellikle, elde hiçbir delil yokken, kişi hakkında bir suç isnadı ve bu suçun araştırılması suretiyle, kişiye hakaret edilmesi, kişinin özel hayatı araştırılarak şeref ve saygınlığını rencide edecek bilgilerin elde edilmesi ve bu konuda rapor hazırlanması için verilen emirlerde, memurun bu emirleri çoğu zaman denetleme imkânı bulunmayabilir. Bu durumlarda hem hukuki hem de fiili denetleme, memur için gerçekten çok zor hatta mümkün değildir. Bu sebeplerle, bu gibi hâllerde memurun sorumluluğunun olmadığı kabulü, sadece emri verenin sorumlu tutulması gerekir.

3. Özel Haksız Tahrik Halleri

TCK'nın 129. maddesi, özel haksız tahrik hâllerini düzenlemiştir. Maddede, hakaretin, haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâli, hakaretin kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi ve hakaretin karşılıklı olarak işlenmesi hâllerinde cezanın indirilebileceği veya ceza verilmeyeceği öngörülmüştür⁶⁰⁶.

A. Suçun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi

Bu hak, TCK'nın 129. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün özel bir hâlidir. Ancak, TCK'nın 129. maddesinde genel haksız tahrik hükmünden farklı olarak, tahrikin psikolojik yönü yani “hiddet” ve “şiddetli elem” tabirleri maddede gösterilmemiştir. Genel haksız tahrikte, haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için mağdurun haksız hareketinin, failde hiddet ve şiddetli elem oluşturması gerekmektedir. Yani, hiddet ve şiddetli elemin varlığı, hâkim tarafından araştırılmalıdır. TCK'nın 129. maddesinde ise hakaret suçlarında, mağdurun haksız hareketinin, failde hiddet ve şiddetli elem oluşturacağı varsayılmıştır. Bu sebeple, hakaret suçlarında özel haksız

⁶⁰⁵ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.333

⁶⁰⁶ TCK'nın 129. maddesi – “(1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

(2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde, kişiye ceza verilmez.

(3) Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.” şeklindedir.

tahrik hükmünü uygulamak için hiddet ve şiddetli elemin varlığı aranmayacaktır⁶⁰⁷. Olayda, mağdurun haksız hareketi failde herhangi bir hiddet ve elem meydana getirmemiş olsa da özel tahrik hükmü uygulanmalıdır⁶⁰⁸. Yani, bir kişiye hakaret hâlinde, o kişide hiddet ve şiddetli elemin oluşacağı karine olarak kabul edilmekte bu sebeple, hiddet ve şiddetli elemi ispat şartı bulunmamaktadır⁶⁰⁹.

Eğer mağdur, kendi haksız hareketiyle hakarete maruz kalmışsa⁶¹⁰ yani sanığın hakaret fiiline kendisi neden olmuşsa TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrasındaki haksız tahrik hâli uygulanacaktır. Fail hakkında söz konusu tahrik hükmünün uygulanması için, faile karşı gerçekleştirilmiş olan haksız fiilin, mutlaka mağdur tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. 3. bir kişi tarafından gerçekleştirilen haksız fiile tepki olarak hakaret suçunu işleyen fail hakkında söz konusu hüküm uygulanamaz⁶¹¹. Dolayısıyla TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için, mağdur tarafından işlenmiş bir haksız fiil bulunmalı ve bu haksız fiile tepki olarak fail tarafından hakaret suçu işlenmiş olmalıdır.

a. Tahrike Neden Olan Haksız Bir Fiil Bulunması

TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrasında uygulanabilmesi için haksız bir fiilin varlığı gerekir. Bu haksız fiil, hakaret ve yaralama şeklinde olmamalıdır. Böyle olduğunda maddenin 2 ve 3. fıkralarının uygulanması gerekir. Bu haksız fiilin mutlaka faile yönelik olması gerekmez. Faile yakın bir kişiye yapılan haksız bir hareket de faili tahrik edebilir. Bu sebeple başkasına yapılan bir haksız fiil üzerine hakaret eden fail, bu

⁶⁰⁷ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2300

⁶⁰⁸ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.257; Özbek 2005, a.g.e., s.271. (Yazar, özel tahrikin gazap veya şedit elemin etkisi altında işlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.)

⁶⁰⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.334

⁶¹⁰ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı; 2004, a.g.e., s.248 Madde Gereğesi

⁶¹¹ Toroslu 2007, a.g.e., s.121; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.77; Karşı görüş için bkz. Özbek 2005, a.g.e., s.271. (Yazar, “765 Sayılı TCK'nın 485. maddesinde aynı hüküm “Kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise” şeklinde düzenlenmiş iken TCK'nın 129. maddesinde hakaretin “haksız bir fiile tepki olarak” işlenmesinden bahsetmektedir. Buradan çıkan sonuç, TCK'ya göre haksız fiilin mağdurun şahsından kaynaklanmasına gerek bulunmamasıdır. Eski TCK'ya bu yönde yapılan eleştiri, böylece sona erdirilmiş bulunmaktadır. Gerçekten de doğru olanın üçüncü bir kişinin de tahriki teşkil eden bir fiili işlemesinin mümkün olduğunun kabulü idi.” Şeklinde açıklama yaparak 3. Kişinin haksız tahriki halinde de fail hakkında özel tahrik hükmünün uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.)

özel tahrik hâlinde faydalanacaktır⁶¹². Ancak, hakaretin mutlaka haksız fiilde bulunana karşı yapılmış olması şarttır⁶¹³.

Haksız fiil, sadece suç olarak kabul edilen fiiller değildir. Fiil, hukuka aykırı ise haksız fiilin varlığı kabul edilir. Fiilin haksız olması, Borçlar Hukuku anlamında bir haksız fiil olması anlamına da gelmez. Haksızlık, belirli bir toplumdaki geçerli olan sosyal değer hükümlerini dikkate alarak belirlenmelidir⁶¹⁴. Faili hiddete sevk eden fiilin haksızlığını, toplumda geçerli olan değerlere göre hâkim belirleyecektir. Eğer, fiil haksız değilse, örneğin hakkın kullanılması sırasında fail hiddet ve eleme sürüklenmiş olsa ve bu sebeple hakaret suçunu işlese, mağdurun hareketi hukuka uygun dolayısıyla haksız olmadığından fail hakkında özel tahrik hükmü uygulanmayacaktır.

Yargıtay, konu ile ilgili uygulamalarında “Müştekinin sanığın yıkayıp astığı çamaşırları ıslatmasının, sanığın oturduğu binanın giriş katında işyeri bulunan müştekinin işyerinde gece saat 21.00 sularında gürültü yapmasının, apartman yöneticisi olan sanığın istemesine karşın müştekinin yönetim karar defterini vermemesinin” haksız fiil oluşturduğunu ve bu gibi hallerde özel tahrik hükmünün uygulanması gerektiğini kabul etmiştir⁶¹⁵.

b. Tepki Olarak İşlenen Fiilin Hakaret Olması

TCK’nın 129. maddesindeki hükmün uygulanabilmesi için failin fiilinin hakaret suçu olması gerekir. TCK’nın 129. maddesinin 1. fıkrası TCK’nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçu için özel olarak düzenlenmiş bir tahrik hâlidir.

Haksız fiil ile failin buna tepki olarak işlediği hakaret suçu arasından illiyet bağının bulunması gerekir. Eğer, haksız fiil mağdurdan kaynaklamamış ise veya failin hakaretleri haksız fiilden kaynaklanmıyorsa illiyet bağının varlığından bahsedilemez⁶¹⁶.

⁶¹² Demirbaş, Timur. **Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri**. İstanbul, Üçdal Neşriyat, 2006. s.112

⁶¹³ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e.,s.78

⁶¹⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006, a.g.e.,s.688

⁶¹⁵ Hatipoğlu ve Parlar 2007, a.g.e., s.1016

⁶¹⁶ Şen 2006, a.g.e.,s.570

Hakaretin haksız fiile tepki olarak işlenmiş sayılabilmesi hâlini belirleyebilmek için zaman sorunu ve psikolojik sorun üzerinde durmak gerekir. Kanun koyucu, haksız fiile verilen tepkinin hiddetten kaynaklandığını kabul ettiğinden maddede hiddet ve şiddetli elemin varlığının araştırılmasına gerek görmemiştir. Ancak, tepki, hiddet ve öfke hâli devam ederken gösterilebilir. Hiddet, ortadan kalktıktan sonra hakaret suçunun işlenmesi hâlinde tepki verilmemiş, hakaret suçu tepki olarak işlenmemiş ve illiyet bağı ortadan kalkmış sayılır. Dolayısıyla, haksız fiilden sonra hiddet ve elemin ortadan kalkmasına sebep olacak kadar bir zaman geçtiğinde, artık hakaretin haksız fiile tepki olarak gerçekleştirildiğinden bahsedilemeyecektir⁶¹⁷. Zaman bakımından yapılacak değerlendirmede, haksız fiilin yapıldığı anı değil, failin bu haksız fiili öğrendiği tarihi dikkate almak gerekir⁶¹⁸. Ancak, tepkinin, hemen haksız fiilden sonra gerçekleşmesi gerekmez. Burada önemli olan yer ve zaman değil failin psikolojik durumudur⁶¹⁹.

Haksız fiilde bulunan mağdurun isnat yeteneğine sahip olmayan biri olması, örneğin çocuk veya akıl hastası olması söz konusu özel tahrik hükmünün uygulanmasına engel olmaz⁶²⁰.

Haksız davranış üzerine fail, hakaret suçuyla birlikte yaralama suçunu da işlerse hakaret yönünden TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrası, yaralama yönünden ise TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen genel tahrik hükmü gereğince cezanın indirilmesi gerekir. Yargıtay da aynı doğrultuda kararlar vermiştir⁶²¹. Eğer mahkeme mağdurun haksız fiili sebebiyle faile ceza verilmesi gerekmediği görüşünde ise, herhangi bir şekilde hüküm kurmadan “ceza verilmesine yer olmadığı” şeklinde karar vermelidir⁶²².

⁶¹⁷ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e.,s.2299

⁶¹⁸ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e.,s.334

⁶¹⁹ Demirbaş 2006, a.g.e.,s.115

⁶²⁰ Hatipoğlu ve Parlar 2007, a.g.e.,s.1017

⁶²¹ “Mağdurun sanığın arabasının bulunduğu yerde tualete çıkmasının hakaret fiilinde haksız bir hareket kabul edilerek hakkında TCK'nın 485/1 nci maddesi uygulandığı halde aynı haksız hareket nedeni ile müessir fiilden tayin edilen cezadan da TCK'nın 51. Maddesi yerine 59 uncu madde ile indirim yapılması isabetsizdir” (Demirbaş 2006, a.g.e.,s.115, Yargıtay.4.CD. 02.12.1975 6421/6468)

⁶²² “Sanık hakkında sövme suçundan açılan şahsi davaya yargılama sırasında kamu davası olarak devam edilmesine karar verilerek yargılama sonucunda eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 125/1,61 ve 52.maddeleri uyarınca cezalandırılmasına ve aynı kanunun 129.maddesi uyarınca sanığa ceza vermektan vazgeçilmesine dair kurulan hükmün müdahil vekili tarafından temyizi üzerine yapılan incelemesinde; 5237 sayılı TCK'nun 129/1.maddesi uyarınca hakaret suçunun haksız fiile tepki olarak işlendiğinin kabul edilmesi halinde doğrudan ceza vermektan vazgeçilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek sanığa adli para cezası tayin edildikten sonra yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yargıtay 2. Ceza Dairesi 2006/6790 E., 2006/18664 K.

(<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95 3 ICM8>)

B. Karşılıklı Hakaret

TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasına göre hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde hâkim, olayın mahiyetine göre, hangisinin neden olduğunu göz önünde bulundurarak taraflardan her ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada üçte birine kadar indirim yapabileceği gibi ceza vermekten tamamen vazgeçebilir.

TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen karşılıklı hakaretin hukuki niteliği konusunda birçok farklı görüş ileri sürülmüştür.

Karşılıklı hakaretin hukuki niteliğinin takasa dayandığı ileri sürülmüş, tahrik edilen, tahrik edene hakaret etmek suretiyle onu cezalandırdığı için, tahrik edeni kamunun da ayrıca cezalandırmasına gerek yoktur denmiştir. Ancak, bu görüş kişisel cezalandırma, öç alma esasına dayandığı için eleştirilmiştir⁶²³.

Karşılıklı hakareti meşru savunmaya dayandıranlar olmuştur. Hakarete, karşılıklı bulunulması savunma olarak kabul edilmiş, bu sebeple meşru savunmaya benzediği ileri sürülmüştür. Ancak, hakaret yapıldığı an saldırı sona ermiştir. Oysa meşru savunma için saldırının devam etmesi gerekir. Meşru savunmada fail, savunmada bulunur. Karşılıklı hakarete ise saldırı sona erdikten sonra savunma söz konusu olamayacağından ancak mukabele söz konusu olabilir. Meşru savunmada, saldırının hemen sona erdirilmesi gerekmesine rağmen karşılıklı hakarete hemen karşılık verilmesi şartı yoktur. Bu sebeplerle, karşılıklı hakaretle meşru savunma birbirinden tamamen farklı iki ayrı hukuki kavramdır⁶²⁴.

Diğer bir görüş ise, karşılık vererek hakaret eden kişinin şikâyet ve dava hakkından zımnen vazgeçtiğine dayandıran ve cezalandırma unsurunun bulunmadığını ileri süren görüştür. Bunun yanında, kusurun azaldığı, hukuka aykırılığın kapsamının daraldığı bu sebeple karşılıklı hakaret hükmünün uygulanması gerektiği de ileri sürülmüştür⁶²⁵.

ICMNLSD15 UYAPVERİBANKASI59 26 A1001001A07F11B71649I4206118 A07F11B71649I420611 14 1162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI (25.04.2008))

⁶²³ Özen 2002, a.g.e., s.36

⁶²⁴ Ayık, İsmail Hakkı, **Tahrik**, Ankara, Adalet Dergisi, 1952, s.100

⁶²⁵ Demirbaş 2006, a.g.e., s.118

Erman-Özek, meselenin ceza siyasetiyle çözümlenmesi gerektiğini, karşılıklı olarak birbirlerini tahkir eden kimselerden birinin veya her ikisinin cezalandırmasında kanun, bir kamu yararı görmemekte ve bu durumu göz önünde tutarak, taraflardan yalnız birinin veya her ikisinin cezasını ortadan kaldırmak yetkisini hâkime tanımaktadır. Bu sebeple, suçun bütün unsurları olduğu gibi kalmakta sadece ceza ortadan kalkmaktadır demektir⁶²⁶.

Timur Demirtaş ise tahrik edilen failin karşılıklı bulunması üzerine cezasının kaldırılmasının nedeni, içinde bulunduğu psikolojik durum dolayısıyla kusurunun azalmasıdır. Tahrik eden kişi ise kendisine karşılıklı bulunulmak suretiyle cezalandırılmıştır. Bu sebeple, mahkeme, ilk failinde cezasını kaldırabilmektedir demiştir⁶²⁷. Ancak ikinci hakaret, kusurluluğu etkilese de ilk hakaret eden faile ceza verilmemesini izah etmek kolay değildir. Bir hakareti takip eden bir başka hakaret, ilk hakareti suç olmaktan çıkarmaz; ilk hakarete ceza vermemek açıklanması çok güç bir müessesedir⁶²⁸.

Karşılıklı hakaretin oluşabilmesi için, her iki tarafın hakaret suçu işlemiş olması, işlenen ilk hakaret suçunun haksız olması ve hakaretin karşılıklı olması gerekmektedir.

a. Karşılıklı Olarak Hakaret Suçları İşlenmesi ve İlk Tahkirin Haksız Olması

TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için, her iki failin suçunun, hakaret suçu olması gerekir. Eğer, hakaretin karşılığı olarak müessir fiil suçu işlenmişse bu hüküm uygulanamaz, genel tahrik hükmünün uygulanması gerekir⁶²⁹.

Karşılıklı hakaret hükmünün uygulanabilmesi için ilk hakaret suçu, hukuka aykırı olmalıdır. İlk hakareti gerçekleştiren kişinin hareketi, hukuka uygun yani haksız değilse bu fiile karşı hakaret suçunu işleyen kişi TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasından yararlanamayacaktır. Örneğin, tedip hakkını kullanarak oğlunu azarlayan

⁶²⁶ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.327

⁶²⁷ Demirbaş 2006, a.g.e., s.118

⁶²⁸ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2302

⁶²⁹ Özen 2002, a.g.e., s.38

babaya karşı oğlunun karşılık vermesi hâlinde söz konusu hüküm uygulanamayacaktır⁶³⁰. Yargıtay da kararlarında ilk hakaretin hukuka aykırı olması şartını aramıştır⁶³¹.

Mutlak yasama dokunulmazlığına sahip milletvekillerinin, bir kişiye hakaret etmesi hâlinde karşılık verenin hareketinin TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasından yararlanabileceği kabul edilmektedir⁶³². Aslında, söz konusu dokunulmazlık suçu hukuka uygun hâle getirmez. Dokunulmazlık, suçun kovuşturulmasını engelleyen bir şarttır; bu sebeple, dokunulmazlık nedeniyle ceza kovuşturulmаса da bu durum TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasına engel olmaz⁶³³.

Karşılıklı hakaret suçunun uygulanması için, ikinci hakaretin hukuka aykırı ve suç olarak kabul edilmesi gerekir. Yargıtay, bir kararında, ağır hakaretlere “terbiyesizlik etme” şeklinde karşılık veren kişinin bu mukabelesinin doğal olduğunu, bu sözün hakaret olarak kabul edilemeyeceğini bu sebeple karşılıklı hakaret hükmünün uygulanmayacağını kabul etmiştir⁶³⁴.

b. Hakaretin Karşılıklı Olması

TCK'nın 129. maddesi 3. fıkrasının uygulanması için hakaretin karşılıklı olması gerekir. Yani, tarafların birbirlerine hakaret etmiş olması gerekir. Ancak, ilk hakaret fiilinin, karşılık veren diğer faile yakın bir kişiye karşı işlenmesi durumunda da söz konusu hüküm uygulanacaktır. Örneğin, bir kimsenin karısına veya başka bir yakınına yapılan hakarete karşılıkta bulunması durumunda söz konusu hüküm uygulanmalıdır⁶³⁵.

⁶³⁰ Özen 2002, a.g.e., s.39)

⁶³¹ “İlk olarak hakaret ve sövme suçunu işleyen kimsenin haksız olması gerekir. İlk defa tecavüz eden kimse, bir hak veya vazifenin yerine getirilmesi dolayısıyla hareket etmişse, buna karşılık veren kimse TCK'nın 485. Maddesinin 2. fıkrasından yararlanamaz. Örneğin; terbiye hakkını kullanıp oğlunu azarlayan babaya karşı oğlunun karşılık vermesi halinde mezkûr fıkra tatbik edilemez.” CGK 24/12/1984 4-255/468 Özen 2002, a.g.e., s.38; Demirbaş 2006, a.g.e., s.119

⁶³² Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.328; Özen 2002, a.g.e., s.39

⁶³³ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.260

⁶³⁴ Yargıtay 2. CD 26/9/1973 8123/7446 (Demirbaş 2006, a.g.e., s.129)

⁶³⁵ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.329); (Demirbaş 2006 a.g.e., s.122

Kişinin ölü olan yakınlarına hakaret edilmesi durumunda ölüye yapılan hakaret kişinin yakınlarına yapılmış sayılacağından, yakının karşılık vermesi durumunda TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrası uygulanabilecektir⁶³⁶.

Hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için, fiiller arasında illiyet bağının bulunması gerekir; daha önce de belirtildiği gibi karşılıklılık kavramı “yer ve zamanla” ilgili olmayıp “psikolojik” anlamda kabul edilerek illiyet bağı sorunu çözümlenmelidir. Dolayısıyla karşılığın, aynı yer ve zamanda verilmiş olması gerekmez. Bu konuda, hem öğreti hem de uygulamada karşılıklı tahrikin aynı zamanda, aynı yerde, derhal gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir⁶³⁷. Yargıtay CGK bir kararında, “Kanunda bir zaman kaydı mevcut olmamakla beraber karşılıklı kelimesinin lügat manasına müracaat zaruri olmasına göre, yüze karşı hakarete aynı mecliste olan mukabelelerin karşılıklı olarak kabulü doğru ise de gıyapta olan hakaretle mukabelenin derhal olması imkân dışında olduğundan; mağdurun ıtılından sonra mukabelenin karşılıklı sayılması zaruridir⁶³⁸” şeklinde karar vererek olayın mahiyetine göre illiyet bağının belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Ancak, iki hareket arasında uzunca bir sürenin geçmesi, çok kere illiyet bağının bulunmadığına delalet edebilir. Hakarete uğrayan kimsenin, karşılık vermek için bir müddet beklemesi mümkündür. Mecliste, bir kadının huzurunda derhal karşılık vermeyi uygun görmemiş olan kişinin, bir süre sonra karşılık vermesi hâlinde karşılıklılık şartı yine de oluşur. Bunun yanında, yazı, gazete, internet veya cep telefonu ile yapılan hakaretlerde karşılığın gecikmiş olması mümkündür⁶³⁹. Fail, ilk anda korkması, endişelenmesi, şoka girmiş olması sebebiyle hemen karşılık vermeyebilir. Bu şartlar kalktığında ise karşılık verebilir ki bu durumlarda da söz konusu hüküm uygulanabilmelidir⁶⁴⁰.

⁶³⁶ Demirbaş 2006 a.g.e., s.122

⁶³⁷ Özen 2002 a.g.e., s.40; Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.329; Demirbaş 2006, a.g.e., s.123

⁶³⁸ Yargıtay CGK 14/4/1945 3919/3962 (Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2304)

⁶³⁹ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 1993, a.g.e., s.2304

⁶⁴⁰ Şen 2006, a.g.e., s.572; Karşı görüş için bkz. Soyaslan 2005, a.g.e., s.258. (Yazar, karşılıklı hakaret hükmünün uygulanabilmesi için huzurda yapılan hakaretin karşılığının aynı anda verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.)

Karşılıklı tahkirde, hakaretler arasında herhangi bir oran aranmamıştır. Hakaretlerin aynı ağırlıkta, aynı vasıfta (yazılı, sözlü), aynı şekilde olması gerekmez. Bu durum olayın mahiyetine göre hâkim tarafından takdir edilmeli ve hüküm buna göre uygulanmalıdır⁶⁴¹.

İlk failin birçok kişiyi tahkir etmesi ve tahkir edilenlerden birinin karşılık vermesi hâlinde, ilk failin cezası kaldırılmaz. Ancak, karşılıklı bulunan TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasından faydalanabilecektir. "Dolayısıyla hakarete", bir kişiye karşı hakaret eden kişi, aynı zamanda başka birinin de şeref ve saygınlığını rencide ettiğinden, ortada iki ayrı suç vardır ve aynı neviden fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Bu durumda hakarete uğrayan kişilerden birinin karşılık vermesi hâlinde, bu hüküm her iki fail açısından uygulansa da ilk fail açısından diğer mağdura karşı hakareten fail ayrıca cezalandırılabilecektir⁶⁴². İlk failin tek sözle karı veya kocaya yaptığı hakarete, karı veya kocadan birinin karşılık vermesi hâlinde bu hüküm karşılık veren açısından uygulanabilir ancak ilk fail için uygulanamaz.

Eğer, hakaret bir kaç fail tarafından birlikte işlenmişse, karşılığın tüm failleri kapsayacak şekilde verilmesi hâlinde hüküm uygulanabilecektir. Eğer karşılık, sadece faillerden birine karşı verilmişse, sadece bu faille karşılık veren hakkında 129. maddenin 3. fıkrası uygulanabilecektir⁶⁴³.

Karşılıklı hakaretin uygulanabilmesi için, her iki failin aynı mahkemede ve aynı zamanda takip edilmesi veya edilebilir olması gerekmez. Taraflardan birinin şikâyetinden vazgeçmiş olması veya şikâyet etmemiş olması, şikâyet süresinin dolmuş olması karşılıklı hakaret hükmünün uygulanmasını engellemez⁶⁴⁴.

Hakaretin karşılıklı olması hâlinde tarafların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı veya hangisinin cezalandırılacağı konusunda mahkeme takdir yetkisini kullanacaktır. Mahkeme söz konusu takdir hakkını kullanırken olayın mahiyetini dikkate almalıdır. 765 sayılı TCK'nın 485. maddesinin 2. fıkrası, "...hangi tarafın sebebiyet verdiği nazara alınarak" şeklinde açıklama getirerek karşılıklı hakarete

⁶⁴¹ Soyaslan 2005, ag.e., s.258

⁶⁴² Demirbaş 2006, a.g.e., s.125

⁶⁴³ Demirbaş 2006, a.g.e., s.125

⁶⁴⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.330

sebebiyet veren kişinin cezasının indirilebilmesi için, diğer tarafın cezasında indirim yapılması şartı getirmişti⁶⁴⁵. Her ne kadar madde gerekçesinde, olayın mahiyeti değerlendirilirken hangi tarafın olaya sebebiyet verdiği dikkate alınmalıdır, şeklinde açıklama getirilmişse de bu açıklamanın yol gösterici nitelikte olduğu açıktır. Mahkemeyi bağlayıcı bir yanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasında ilk hakaret suçunu işleyen kişinin, yani olaya sebebiyet vermiş olan kişinin, karşı tarafın cezası indirilmiş veya ceza verilmemiş olmasa bile, cezasından indirim yapılabileceği ve ceza verilmeyebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁶⁴⁶.

Cezadan indirim yapılmaması veya ceza verilmemesinin takdiri tamamen hâkime aittir. Tarafların, bu konuda talepte bulunup bulunmamalarının hiç bir önemi bulunmamaktadır⁶⁴⁷.

Karşılıklı hakaret sonucunda, faile ceza verilmemesi hâlinde CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrasının c bendi gereğince, “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilmelidir. CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrasındaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi, fiil suç olma özelliğini devam ettirmektedir. Bu sebeple, bu kararın şeriklere herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bu durumda şerikler de genel hükümler çerçevesinde cezalandırılmalıdır⁶⁴⁸. 765 Sayılı TCK'nın 485. maddesinin 2. fıkrası, karşılıklı hakaret hâlinde her iki fail veya faillerden sadece biri hakkında cezanın ıskat edileceğini öngörüyordu. Bu sebeple mahkeme tarafından ilk aşamada ceza hükmü kurulması ve ardından verilen cezanın ıskatına karar verilmesi gerekmekteydi⁶⁴⁹. TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında ise ceza vermekten vazgeçilebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple mahkeme, eğer ceza vermeyi gerekli görmediyse, doğrudan ceza vermekten vazgeçmek

⁶⁴⁵ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.230

⁶⁴⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.441; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.247; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.81

⁶⁴⁷ Demirbaş 2006, a.g.e., s.135; Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950, a.g.e., s.230

⁶⁴⁸ Demirbaş 2006, a.g.e., s.136

⁶⁴⁹ Sanıkların müştekilere hakaret ettikleri kabul edildiğine göre, TCK'nın 482/3 fıkrasıyla ceza tayin edildikten sonra, TCK'nın 485/2 fıkrası uyarınca cezanın ıskatına karar vermek gerekirken, hakaret suçundan hüküm kurulmadan (Ceza tertibine yer olmadığına) karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 2. CD., 02/07/1991 7176/7935, (Erdurak 1994 a.g.e., s.,485)

suretiyle, CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrasının c bendi gereğince “ Ceza verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar vermelidir⁶⁵⁰.

TCK'nın 129. maddesinde düzenlenen özel tahrik hükümlerinin uygulanması hâlinde, eğer mahkeme her iki faili mahkûm ederse, mahkeme masrafları, hakkaniyete uygun bir şekilde, mahkûm olan sanıkların sebep oldukları giderler ve kusurlulukları da dikkate alınarak paylaştırılmalıdır. CMK'nın 325. maddesinin 1. fıkrasına istinaden cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenmelidir. Bu sebeple her iki sanığın mahkûmiyeti, yargılama giderlerinin her iki sanıktan da alınmasının gerektirir. Eğer mahkeme faillerden biri hakkında “ceza verilmesine yer olmadığına” karar vermişse, CMK'nın 327. maddesine göre, hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişi, sadece kendi kusurundan ileri gelen giderleri ödemeye mahkûm edilir. Eğer kişinin hiçbir kusuru bulunmuyorsa, kişiye mahkeme giderleri yüklenemeyecektir. Karşılıklı hakaret halinde mahkeme masrafları CMK'nın 328. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. 328. madde “Karşılıklı hakaret hâllerinde taraflardan biri veya her ikisi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi; bunlardan birinin veya her ikisinin giderleri karşılamaya mahkûm edilmelerine engel olmaz.” Şeklinde düzenlenmiştir. Bu sebeple karşılıklı hakaret hâlinde her iki sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş olsa da mahkeme masraflarına hükmetmek gerekir. Ancak masraflar, hakkaniyet ölçülerine uygun ve tarafların kusur durumları dikkate alınarak belirlenmelidir.

C. Suçun Kasten Yaralamaya Tepki Olarak İşlenmesi

TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrası suçun kasten yaralamaya tepki olarak işlenmesi halinde faile ceza verilmeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu hükmün hukuki niteliği, karşılıklı hakaretle benzerlik taşır. Bu hüküm de, hukuka uygunluk sebebi olan meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak, bu hükmün uygulanmasında, meşru müdafaa, saldırının devam etmekte olması ve suçun saldırıyı ortadan

⁶⁵⁰ 5237 sayılı TCK'nın 129.maddesi uyarınca hakaret suçunun haksız fiile tepki olarak işlendiğinin kabul edilmesi halinde doğrudan ceza vermektan vazgeçilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek sanığa adli para cezası tayin edildikten sonra yazılı şekilde hüküm tesisi, Yargıtay 2. Ceza Dairesi 2006/8350 E., 2006/19455 K.
(<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=953ICM8ICMNLSDb15UYAPVERIBANKASI5926A1001001A07F11B71646D4403618A07F11B71646D440361141162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI> (25.04.2008))

kaldırmaya yönelik bulunması şartları bulunmamaktadır. Saldırı sona erdikten sonra suçun işlenmesi hâlinde de bu hüküm uygulanacaktır. Bunun yanında, kendisine karşı yaralama kastıyla saldıran kişiye hakaret ederek saldırıyı önlemeye çalışmak çok da mümkün değildir. TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında yapılan açıklamalar bu hüküm için de geçerlidir. Burada da yaralama fiilini ortaya çıkardığı, hiddet ve şiddetli elem yani failin psikolojik durumu dikkate alınmış; bu sebeplerle failin kusurunun bulunmadığı kabul edilmiştir⁶⁵¹.

TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrası, “Bu suçun kasten yaralamaya tepki olarak işlenmesi hâlinde kişiye ceza verilmez.” şeklinde düzenleme getirmiştir. Bu hüküm, 765 Sayılı TCK'nın 485. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen hükme karşılık gelmektedir. 765 Sayılı TCK'daki düzenleme “şahsına karşı şiddet kullanılmış olma” şeklinde olduğundan, sadece hakaret suçunun failine karşı şiddet kullanılması hâlinde hükmün uygulanması mümkün olmaktadır. Söz konusu düzenleme, şiddetin failin şahsı üzerinde gerçekleştirilmiş olması şartını getirdiğinden, hükmün uygulama alanını daraltması sebebiyle; “Böyle bir sınırlamanın nedenini anlamak güçtür; çünkü bir kimsenin yakınının dövülmesinin yarattığı öfke durumunun kendisinin dövülmesi hâlindekinden daha az olduğu ileri sürülemez. Bu sebeple, söz konusu hükmün değiştirilmesi gerekmektedir.” şeklindeki düşüncelerle eleştiriliyordu⁶⁵². TCK'nın 129. maddesi, hakaret suçu failinin şahsına karşı yaralama şartını aramadığından, kişinin kendisi veya bir yakınına karşı işlenen yaralamalara tepki olarak hakaret suçunu işlemesi hâlinde de uygulanabilecektir. Her ne kadar TCK'nın 129 maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde, “Kişinin kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçundan dolayı cezalandırılmayacağını” şeklinde açıklama yapılmışsa da gerekçenin sadece yol gösterici olduğu ve herhangi bir bağlayıcılığının bulunmadığı kabul edilerek söz konusu hükmün kişiyle bir şekilde bağı olan ve yaralamaya maruz kaldığında kişiyi hiddet ve eleme sürükleyecek, bir kişinin kasten yaralamaya maruz kalması hâlinde uygulanması gerekir⁶⁵³.

⁶⁵¹ Demirbaş 2006, a.g.e., s.138

⁶⁵² Özen 2002, a.g.e., s.45; Demirbaş 2006, a.g.e., s.139

⁶⁵³ Özbek 2005, a.g.e., s.272; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.442; Centel, Zafer ve Çakmut 2007, a.g.e., s.250; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.79; Karşı görüşler için bkz. Şen 2006, a.g.e., s.571; Soyaslan 2005, a.g.e., s.255; Hatipoğlu ve Parlar 2007,

765 Sayılı TCK, 485. maddesinde “şiddet” kullanılması hâlinde, faile ceza verilmeyeceğini hükme bağlamıştı. Öğretide şiddet; kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne yönelik eylemler olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁴. TCK ise, kasten yaralama hâlinde ceza verilmeyeceğini kabul ederek hükmün uygulama alanını daraltmıştır. Bu sebeple, TCK’nın 129. maddesinin 2. fıkrası, sadece kasten işlenen yaralama suçlarına karşılık olarak hakaret suçunun işlenmesi hâlinde uygulanabilecektir. Taksirle işlenen yaralama suçlarında, TCK’nın 129. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, TCK’nın 129. maddesinin 1. fıkrası uygulanacaktır⁶⁵⁵. Kanunda sözü edilen “kasten yaralama suçu” TCK’nın 86. maddesinde tanımlanan suç olarak kabul edilmelidir⁶⁵⁶.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, kasten yaralamanın haksız olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kasten yaralamada herhangi bir hukuka uygunluk sebebi varsa artık bu hüküm uygulanmaz. Çünkü kanun “kasten yaralama suçuna tepki olarak” şeklinde açıklama yaptığından, ortada mutlaka “yaralama suçu” bulunmalıdır; ortada suç yoksa yani hukuka uygunluk sebebi varsa, hükmün uygulanması söz konusu olamaz.

Hakaretin kasten yaralamaya tepki olarak işlenmesinden bahsedildiğinden, kasten öldürmeye tepki olarak hakaret suçunun işlenmesi hâlinde bu hüküm uygulanmayacaktır. Öldürme hâlinde, ölenin karşılık veremeyeceği düşünülebilirse de ölenin yakınının hakaret etmesi hâlinde hükmün uygulanabileceği dikkate alındığında bu bir eksiklik olarak kabul edilebilir. Ancak, bu durumda TCK’nın 129. maddesinin 1. fıkrası uygulanabilecek ve hâkim yine ceza vermekten vazgeçebilecektir. Bu sebeple, uygulamada bu konu herhangi bir sıkıntıya yol açmayacaktır⁶⁵⁷.

a.g.e., s.1018; Arisoy 2007, a.g.e., s.191 (Yazarlar, TCK’nın 129. maddesinin 2. Fıkrasının, kişinin kendisine karşı işlenen kasten yaralamaya tepki olarak hakaret suçunu işlemesi hâlinde uygulanabileceğini ileri sürmektedirler.)

⁶⁵⁴ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994, a.g.e., s.332; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.262

⁶⁵⁵ Soyaslan 2005, a.g.e., s.255; Farklı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.442; Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.179 (Yazarlar, taksirle işlenen yaralama suçuna karşı işlenen hakaret suçlarında TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen genel tahrik hükmünün uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler.)

⁶⁵⁶ Arisoy 2007, a.g.e., s.190

⁶⁵⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007, a.g.e., s.442

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, bir kişinin herhangi bir şekilde ve nitelikte yaralama fiiline maruz kalması yeterlidir. Yaralamanın şeklinin ve ağırlığının önemi yoktur. Basit yaralama hâlinde de bu hüküm uygulanacaktır.

TCK'nın 129. maddesinin diğer fıkralarında olduğu gibi 2. fıkrada da failin hiddet ve elem içinde olması şartı aranmamıştır. Ancak, burada da tahrikin örtülü (zımnen) öngörüldüğü kabul edilmelidir. Bu sebeple, yaralamanın buna muhatap olan fail üzerinde meydana getirdiği psikolojik etki, yani hiddet ve elem ortadan kalktıktan sonra hakaret suçunun işlenmesi hâlinde TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrası uygulanamayacaktır⁶⁵⁸. Yargıtay, söz konusu hükmün uygulanmasını yaralamadan hemen sonrasıyla sınırlandırmıştır. Yargıtay 765 sayılı TCK'nın 485. maddesinin uygulanması ile ilgili bir kararında; hakaret suçunun, sanığının uğradığı şiddetin sürdürüldüğü sırada işlenmesi veya şiddet gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hâllerle sınırlı olduğunu, hiddet ve elemin ortadan kalkmasından sonra karşılık verilmesi hâlinde bu hükmün uygulanamayacağını kabul etmektedir⁶⁵⁹. Dolayısıyla, failin tahrik hâlinde, tepki olarak işlediği hakaret suçunun, yaralama ile aynı zamanda olmasına gerek yoktur. Yaralamanın hemen sonrasında yapılabileceği gibi failin tahrik hâlini kaldırmayacak bir sürenin geçmiş olması hâlinde de söz konusu hüküm uygulanabilir⁶⁶⁰.

Failin yaralamaya karşı tepkisi, hakaret suçu şeklinde gerçekleşmelidir. Failin hakaret suçunu, yaralamayı işleyen kişiye karşı işlemesi gerekir. Yaralamayı işleyen dışındaki birine karşı işlenen hakaret suçunda bu hüküm uygulanmaz.

Failin ilk önce haksız fiile, hakarete, yaralamaya maruz kaldığına dair çürütülemeyen ve ispat da edilemeyen iddiası karşısında “şüpheden sanık yararlanır” kuralı gereği TCK'nın 129. maddesi uygulanmalıdır. Bu hükümlerin uygulanabilmesi

⁶⁵⁸ Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.262

⁶⁵⁹ TCK'nın 485. maddesinin son fıkrasının uygulanabileceği haller, sanığın hareketinin maruz kaldığı şiddetin devam eylemesi sırasında veya şiddet gösterilmesinin hemen sonrasına rastlaması gibi hâllerle sınırlı olacağı gözetilmeden sanığın üç gün evvel dövülmesi nedeniyle rastladığı davacıya sövdiğünün kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır. Yargıtay 2. CD 1/7/1976 5621/6690 (Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler 1981, a.g.e., s.262)

⁶⁶⁰ Demirbaş 2006, a.g.e., s.141); Farklı görüş için bkz. Soyaslan 2005, a.g.e., s.255

için, her iki failin Şikâyet edilmiş olmasđ veya her iki fail hakkında dava açılmış olmasđ gerekmez⁶⁶¹.

TCK'nın 129. maddesinin 2. fıkrası, mahkemeye herhangi bir takdir hakkı tanınmamıŐtır. Hakaret suçunu işlediği anlaşılan failin, bu fiilini yaralamaya tepki olarak gerçekleştirdiği anlaŐıldığında hâkim, CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrası gereğince “ceza verilmesine yer olmadığına” karar vermelidir.

⁶⁶¹ Demirbaş 2006, a.g.e., s.142

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ, KOVUŞTUMA ve MÜEYYİDE

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HÂLLERİ

1. Teşebbüs

Hakaret suçu, sırf hareket suçudur. Hareketin yapılmasıyla suç oluşur. İstenen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin suçun oluşumuna etkisi yoktur. Suçun neticesinin oluşup oluşmadığı aranmayacağından hakaret suçları, zarar suçu olmayıp tehlike suçudur⁶⁶². Hakaret suçlarının oluşumu için mağdurun, şeref ve saygınlığının (maddi konu) zarar görmesi aranmadığı gibi, fiilin suç konusu üzerinde zarar tehlikesi yaratıp yaratmadığı da araştırılmaz. Kanun koyucu, tahkir içeren fiilin işlenmesiyle suçun maddi konusu üzerinde bir tehlikenin yaratıldığını, tehlikenin ortaya çıktığını varsaymıştır⁶⁶³. Bu sebeple, hakaret suçu soyut tehlike suçudur⁶⁶⁴.

Hakaret suçu tehlike suçu olduğundan genel olarak teşebbüse elverişli değildir. Hakaretin söz ile gerçekleştirilmesi hâlinde, sözün söylenmesi anında suç oluşacağından ve icra hareketleri bölünemeyeceğinden teşebbüs mümkün değildir⁶⁶⁵. Ancak herhangi bir ileti ile yapılan hakaretlerde, icraî hareketlerin bölünebileceği, dolayısıyla bu tür hakaret fiillerinde teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, telefonla mağdura, gönderilen sesli veya yazılı mesajın, mağdurun mesajı okumadan veya dinlemeden, bir başkası tarafından silinmesi hâlinde veya hakaret içerikli mektubun kaybolması hâlinde hakaret suçuna teşebbüs edilmiş sayılacaktır⁶⁶⁶.

⁶⁶² Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994 a.g.e.,s.291; Soyaslan 2005 a.g.e.,s.233

⁶⁶³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006 a.g.e.,s.472

⁶⁶⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007 a.g.e.,s.414; Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.68; Farklı bir görüş için bkz. Özbek 2005 a.g.e.,s.266. (Yazar “Fiil, somut tehlike suçudur, hâkim fiilin böyle bir tehlike yaratabilecek nitelikte olmasını araştırmak zorundadır” şeklinde açıklama yapmaktadır.)

⁶⁶⁵ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar 1994 a.g.e.,s.292; Centel, Zafer ve Çakmut 2007 a.g.e.,s.253; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007 a.g.e.,s.430; Şen 2006 a.g.e.,s.541; Hafizoğulları 2006 a.g.e.,s.10

⁶⁶⁶ Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri 1950 a.g.e.,s.124; Centel, Zafer ve Çakmut 2007 a.g.e.,s.353; Özbek 2005 a.g.e.,s.272; Soyaslan 2005 a.g.e.,s.245; Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.69; Farklı görüş için bkz. Şen 2006 a.g.e.,s.541. (Yazar “ Hakaret içeren mektup, mağdura ulaşmadan kaybolursa suçun teşebbüs hâlinde kaldığının

İleti ile işlenen suçlarda, teşebbüs kabul edildiğinde gönüllü vaz geçmenin de kabul edileceği açıktır. Fail, gönderdiği hakaret içerikli iletiyi bir şekilde mağdura ulaşmadan yok ederse veya mağdura ulaşmasını engellerse veya ihtilât unsurunun oluşmasını engellerse gönüllü vaz geçme hükmü (TCK 36⁶⁶⁷) uygulanmalıdır.

2. İştirak

Hakaret suçu, iştirak hükümleri açısından herhangi bir özellik taşımaz. TCK'nın genel bölümünde düzenlenen iştirak hükümleri, hakaret suçunda da uygulanabilir. Örneğin birden çok kimse birlikte hakaret içeren bir karikatür yapabilir veya bir makale yazabilir bu durumda karikatürü yapan veya makaleyi yazan kişiler iştirak hâlinde suçu işlemiş sayılırlar ve iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılırlar. Yine bir karikatürün yapılmasında veya bir makalenin yazılmasında veya sözlü hakaretlerde faile telkin ve tavsiyelerde bulunulması mümkündür⁶⁶⁸.

Daha önce açıklandığı gibi Basın Kanunu'nda ve TRT Kanunu'nda fail hakkında bazı özel hükümler vardır⁶⁶⁹. Bu sebeple eğer suç basın yoluyla veya TRT Kurumu aracılığıyla işlenmişse, söz konusu kanun hükümleri uygulanmalıdır.

3. İçtima

Hakaret suçlarında zincirleme suç (TCK madde 43/1) ve aynı neviden fikri içtima kuralları geniş uygulama alanına sahiptir. 765 Sayılı TCK döneminde 80. maddede düzenlenen müteselsil (zincirleme) suçun, sövme ve hakaret suçlarında uygulanması yönünden, uygulamada oluşan tartışma ve farklı kararlara TCK ile son verildiği söylenebilir⁶⁷⁰.

kabul edilmemesi isabetli olacaktır. Hakaret içeren mektup, gönderildiğinde henüz hazırlık hareketlerinin varlığı kabul edilmelidir.” şeklinde açıklama yapmaktadır.)

⁶⁶⁷ TCK'nın 36. maddesi – “(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” şeklindedir.

⁶⁶⁸ Hafizoğulları 2006 a.g.e.,s.10

⁶⁶⁹ bkz s.,35

⁶⁷⁰ “ Her iki memura şahıs tayin ederek aynı kelimede tahkir etmede fikri birleşme kaidelerine göre tek suç olduğunu kabul etmek gerekir”. Yargıtay 4.CD.,18/02/1953, 1413/1686; “ Aynı zamanda ve aynı sözlerle yapılan hakarete bir tarafta bekçiye hakaretten, bir taraftan kahveciye hakaretten iki ayrı ceza verilmesi yolsuzdur.” CGK., 14/11/1983, 6-158/377; birden çok görevliye sövdüğü halde suçun mağduru sayısınca suç oluşacağı gözetilmeden ve birleşme biçimi tartışılmadan tek suçtan hüküm verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 4. CD., 28/02/1996 314/1712 ; Hakeri, Hakan. **Sorularla Ceza Hukuku**. Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2005. s.124

Fail, bir suç işleme kararı ile farklı zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla hakaret suçu işlerse TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanır. Zincirleme suçun uygulanabilmesi için; birden fazla hakaret içeren fiilin bulunması ve birden fazla hakaret fiilinin aynı mağdura yönelik olması ve bunların yanında failin bir suç işleme kararıyla hakaret etmesi gerekir. Failin bir suç işleme kararı ile hareket etmesi hâline öğretide “sübjektif unsur” denmektedir⁶⁷¹. Sübjektif unsur, mahkeme tarafından çözümlenmesi gereken maddi bir meseledir. Mahkeme, bu konuyu incelerken hakaret suçlarının işleniş biçimindeki benzerlikler, suçun işleniş zamanı, hakaret içeriğinin benzerliği gibi hususları dikkate alabilir⁶⁷².

Hakaretin aynı mağdura karşı somut bir fiil veya olgu hareketiyle veya sövme hareketiyle yapılmış olmasının, zincirleme suçun uygulanması açısından farkı yoktur. Fail, aynı kişiye bir seferinde sövmüş, başka bir seferinde somut olgu isnat etmiş olabilir. Eğer, şartları varsa zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁶⁷³.

Hakaret suçunun aynı kişiye karşı ilkinde temel şekliyle işlenmiş, daha sonra ise nitelikli şekliyle işlenmiş olması hâlinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. TCK'nın 43. maddesinde “Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.” Şeklinde düzenleme yapılarak bu husus açıkça belirlenmiştir. Bu durumda suçun, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şeklinin cezası, TCK'nın 43. maddesi 1. fıkrası gereğince artırılacaktır⁶⁷⁴.

Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi hâli öğretide “aynı neviden fikri içtima” olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda tek fiil ile aynı suç, birden fazla mağdura yönelik olarak işlenmektedir⁶⁷⁵. TCK'nın 143. maddesinin 2. fıkrasında aynı neviden fikri içtima hâli düzenlenmiştir. Bir fiille birden fazla kişiye hakaret

⁶⁷¹ Özgenç 2006 a.g.e.,s.546

⁶⁷² Kurdoğlu, Nasuhi. «Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Son Bir Kararı Üzerine Düşünceler.» *Ankara Barosu Dergisi*, 1992/1, s.12; “Bir suç işleme kararının varlığını saptarken, mahkeme, her suç çokluğunda, kuşkusuz, eylemlerin işleniş biçimlerindeki benzerlik ya da tek düzelik, benzer fırsatları değerlendirme, yasa sistematığına göre suçla korunan hukuki varlık, değer ya da yarar, cürmi davranışın yöneldiği maddi konu olan kişi yada şeyin özellik ve başlıkları suçlar arasındaki zaman aralığı ve bunlara benzer daha bir çok dışa yansıyan verilerden yararlanabilir ve bunlara dayanabilir.” Yargıtay 4.CD., 07/06/1996, 3840/5279 (Çetin 2007 a.g.e.,s.35)

⁶⁷³ Centel, Zafer ve Çakmut 2007 a.g.e.,s.253; Özbek 2005 a.g.e.,s.273; Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.70

⁶⁷⁴ Özgenç 2006 a.g.e.,s.554

⁶⁷⁵ Hakeri 2005 a.g.e.,s.124

edilmesi hâlinde aynı neviden fikri içtima hükmü uygulanmalıdır⁶⁷⁶. TCK'da aynı neviden fikri içtima, zincirleme suç başlığı ile düzenlenmiştir.

Suç, birden fazla kişinin oluşturduğu bir topluluğa karşı işlenmişse, daha öncede açıklandığı gibi, hakaret topluluğu oluşturan kişilere karşı yapılmış sayılacağından eğer, topluluğu oluşturan kişiler, sınırlı ve belirlenebiliyorsa bu durumda da TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası uygulanmalıdır⁶⁷⁷. TCK'nın 125. maddesi 5. fıkrasında da kanun, bu durumu açıklayarak, kamu görevi yapan kurullara karşı yapılan hakaretlerin, kurulu oluşturan kamu görevlilerine karşı yapılmış sayılacağını kabul ederek, bu hâlde zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Dolayısıyla herhangi bir topluluğa yapılan hakaretlerde TCK'nın 43. maddesi 2. fıkrası hükmü uygulanmalıdır⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler - 1 2006 a.g.e.,s.826; Özgenç 2006 a.g.e.,s.563

⁶⁷⁷ Farklı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007 a.g.e.,s.431. (Yazar hakaretin topluluğa karşı yapılması halinde tek suç oluşacağını zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını ileri sürmektedir.)

⁶⁷⁸ Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.70

II. KOVUŞTURMA

Hakaret suçu, kamu görevlisine karşı işlenen hakaret fiilleri dışında şikâyet tabi suçlardandır. TCK'nın 131. maddesinin 1. fıkrasında “Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlıdır.” Şeklinde düzenleme yapılmak suretiyle bu husus açıklanmıştır. Daha öncede belirtildiği gibi şikâyet hakkı suçun mağduruna aittir. Buradaki “şikâyet” bir dava şartı olmayıp muhakeme şartıdır. Çünkü şikâyet şartının gerçekleşmemesi, dava açılmasına engel olduğu gibi dava açıldıktan sonrada şikâyet şartının ortadan kalkması davanın düşmesine neden olur. Oysa dava şartında şartın gerçekleşmemesi sadece davanın açılmasına engeldir⁶⁷⁹.

TCK'nın 131. maddesinin 2. fıkrası “Mağdur, şikâyet etmeden önce ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikâyetle bulunulabilir.” Şeklinde düzenleme yaparak mağdurun şikâyet etmeden önce ölmesi hâlinde, mağdurun yakınlarının şikâyet hakkını kullanabileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla mağdur şikâyet hakkını kullandıktan sonra, soruşturma veya kovuşturma aşamasında öldüğünde, TCK'nın 131. maddesinin 2. fıkrasında belirlenmiş kişiler soruşturmaya veya kovuşturmaya devam etme hakkına sahiptirler.

TCK'nın 73. maddesi 1. fıkrası gereğince mağdur, altı ay içinde şikâyet hakkını kullanmak zorundadır. Altı aylık süre, şikâyet hakkı olan kişinin, fiili ve failin kim olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlar. (TCK madde 73/2) Şikâyet, muhakeme şartı olduğundan fiili ve failin kim olduğunu öğrenen mağdurun, altı ay içinde şikâyet hakkını kullanmaması hâlinde soruşturma yapılması mümkün değildir.

Mağdurun kısıtlı veya küçük olması hâlinde şikâyet hakkı, onun adına yasal temsilcileri (veli veya vasi) tarafından kullanılır⁶⁸⁰.

Fail, tek fiille birden fazla kişiye hakaret etmişse mağdurlardan her birinin bağımsız şikâyet hakları vardır. Mağdurlardan birinin şikâyetinden vazgeçmesi diğer

⁶⁷⁹ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu 2006 a.g.e.,s.74

⁶⁸⁰ Çetin 2007 a.g.e.,s.116

mağdurların şikâyet haklarını kullanmalarına engel olmaz⁶⁸¹. Ancak failin tek bir fiille üç kişiye hakaret etmesi durumunda mağdurlardan ikisinin şikâyetinden vazgeçmesi, sadece tek bir mağdurun şikâyet hakkını kullanması hâlinde fail hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı görüşündeyiz. Çünkü zincirleme suç hükümleri birden çok mağdurun bulunduğu hâllerde uygulanma imkânı olan bir hükümdür, üç mağdurdan ikisinin şikâyetinden vazgeçmesi hâlinde ortada tek mağdur kalmıştır, dolayısıyla tek suç bulunur.

Mağdur, şikâyet hakkından hükmün kesinleşmesine kadar vazgeçebilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra gerçekleşen vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. (TCK madde 73/4)

Basın yoluyla yapılan hakaretlerde 5187 Sayılı Kanununun 26. maddesi uygulanır⁶⁸².

Şikâyete bağlı olan, yani TCK'nın 125. maddesi 3. fıkrası a bendi dışındaki hakaret suçları, TCK'nın 73. maddesi gereğince uzlaşmaya tabidir. Şikâyete tabi hakaret suçlarında eğer mağdur tarafından şikâyet yapılmış ise, CMK'nın 253. maddesinde düzenlenen uzlaşma hükümleri uygulanacak, eğer uzlaşma gerçekleşmezse iddianame düzenlenmesi düşünülecektir. Uzlaşma mağdurun kabulüne bağlıdır. Ancak öncelikle faile uzlaşma hususu sorulacak, ardından Eğer mağdur hiçbir şekilde uzlaşmayı kabul etmediğini bildirmişse artık uzlaşma usulünün devam edilmeyecektir. Sanığa uzlaşmayı kabul edip etmediği sorulmadan önce, sadece mağdurun uzlaşmayla ilgili beyanını

⁶⁸¹ Yenidünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.84

⁶⁸² Basın Kanunu'nun 26. maddesi – “Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz.

Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar.

Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi iki ayı geçemez.” şeklindedir.

olarak dava açılmaz veya karar verilemez⁶⁸³. Her ne kadar sanığın uzlaşma hakkındaki beyanının alınması zorunlu olsa da, sanığın beyanı alındıktan sonra mağdurunda ayrıca uzlaşma hakkında beyanının alınması zorunluluğu yoktur.

Hakaret suçlarında, görevli mahkeme, 5235 Sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kuruluş ve Görev Yetkileri Hakkında Kanunun”, “Sulh Ceza Mahkemesi’nin görevleri başlıklı onuncu maddesine göre belirlenir.” Söz konusu madde, “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir” şeklinde düzenlenmiştir. Hakaret suçunun cezasının azami haddi 2 yıl olduğundan görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. Basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında ise, BK’nun 27. maddesi 1. fıkrası gereğince görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir⁶⁸⁴.

Hakaret suçlarında yetkili mahkeme genel yetki kuralları gereğince suçun işlendiği yer mahkemesidir. Hakaret suçu basın ve yayın yoluyla işlenirse yetkili yargı yeri eserin yayın merkezi olan yerdeki yargı yeridir. Aynı eser birden çok yerde basılmış ve suç eserin yayın merkezi dışındaki baskısından kaynaklanmışsa bu durumda eserin basıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Eğer basın ve yayın suretiyle işlenen suç

⁶⁸³ “Uzlaşmanın gerçekleşebilmesinin mağdurun özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirmesine bağlı olduğu, mağdurun da Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 09.06.2005 tarihinde alınan "Hiçbir şekilde uzlaşmayı kabul etmiyorum" şeklindeki beyanından uzlaşmayı kabul etmediği anlaşılmakla, uzlaşma müessesesinin uygulanamayacağı gözetilmeksizin” şeklindeki Adalet Bakanlığının yazılı emri üzerine; Yargıtay 2. Ceza Dairesi “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesine göre C.Savcısı faile atılı suçun şikâyetine bağlı olduğunu belirlemesi halinde önce faile suçtan dolayı uzlaşmayı kabul edip etmediğini sorması, daha sonra mağdura bu durumu bildirmesi ve uzlaştırmacı görevlendirmesi, bu işlemler sonucunda uzlaşma sağlanamadığı takdirde iddianame düzenleyerek dava açması gerekirken sadece mağdura uzlaşma isteyip istemediğini sormuş ve mağdurun "uzlaşmayı kabul etmiyorum" şeklinde beyanda bulunması üzerine iddianame ile kamu davası açılmıştır. Bu durumda C.Savcısının yaptığı uygulama, 5271 sayılı CMK.nun 253. maddesinde açıklanan düzenlemeye uygun değildir.” Şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 2005/8283 E., 2005/19965 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=953ICM8ICMNLSD15UYAPVERIBANKASI5926A1001001A07F11B73640J5251618A07F11B73640J525161141162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI> (25.04.2008))

⁶⁸⁴ Basın Kanunu’nun 27. maddesi – “Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür.

Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması halinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür.

Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlara ilişkin davalar acele işlerden sayılır.” şeklindedir.

mağdurun bulunduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse mağdurun bulunduğu yer yargı yeri de yetkilidir⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Arısoy 2007 a.g.e.,s.204

III. MÜEYYİDE

TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hakaret suçunun basit hâlini işleyen faile üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Maddede “veya” bağlacı kullanıldığından söz konusu cezalar seçimlik cezalardır. Bu sebeple hâkim hapis veya adli para cezalarından sadece birine hükmetmek durumundadır.

Maddede adli para cezasının alt sınırı belirtilmemiştir. TCK'nın ilk hâlinde bu konuda herhangi bir hüküm bulunmadığından sorun TCK'nın 52. maddesi gereğince çözümlenmeli ve maddedeki adli para cezasının asgari haddi 5 gün kabul edilmelidir. Yargıtay aynı konuda verdiği bir kararda alt sınırın 5 gün kabul edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁶⁸⁶. Ancak TCK'nın 61. maddesine 5377 sayılı kanunla ek olarak 9. fıkra eklenmiştir. Bu fıkra göre “Adlî para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.” Dolayısıyla 5377 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 19/12/2006 tarihinden sonra işlenen hakaret suçlarında para cezasının asgari haddi 90 gündür. Bu sebeplerle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten 19/12/2006 gününe kadar işlenen suçlarda para cezasının asgari haddi 5 gün, bu tarihten sonra işlenen suçlarda ise para cezasının asgari haddi 90 gün olarak hükmedilmelidir.

Eğer seçenek cezalardan hapis cezası seçilmiş ise artık bu cezanın TCK'nın 50. maddesine göre paraya çevrilme imkânı yoktur. TCK'nın 50. maddesinin 2. fıkrası “Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez.” Şeklinde dir. Dolayısıyla bu maddeye göre verilen hapis cezası paraya çevrilemez.

Suçun nitelikli hâllerinin uygulanmasında Kanun, cezanın asgari haddinin bir seneden aşağı olamayacağını kabul etmiştir. Kanun, para cezalarında gün sistemine geçtiğinden ve adli para cezaları öncelikle gün olarak belirleneceğinden kanunun “Cezanın bir seneden aşağı olamaz.” ifadesi her iki ceza için yani hem hapis hem de

⁶⁸⁶ “Seçenek ceza olarak adli para cezasının seçilmesi durumunda, adli para cezası olarak belirlenecek ceza miktarı hapis cezasında olduğu gibi değil TCK'nın 52/1 maddesinde belirtildiği gibi 5 gündür. İncelenen dosyada mahkemenin tabandan ayrılmayı gerektirir bir neden olmadığından söz ederek adli para cezasının alt sınırını 180 gün olarak belirlemesi yasal değildir.” Yargıtay 4.CD., 07/11/2006 7708/15882 (Arisoy 2007 a.g.e.,s.202)

para cezası için geçerli olan bir kavram olarak kabul edilmeli ve 3. fıkradaki nitelikli hâlin uygulanması hâlinde de ceza seçimlik olarak verilebilmelidir. Kanun koyucunun seçimlik ceza belirledikten sonra, bu cezaya atıf yaptığında eğer cezayı hapis olarak kabul edecekse, bu durumu açıkça belirlemesi beklenir. Oysa bir yıl sadece süre belirlemektedir ve süre TCK'nın sisteminde hem hapis hem de para cezası için geçerli bir kavramdır. Ayrıca TCK'nın 125. maddesi 3. fıkrasının sadece hapis cezası olarak kabul edilmesi hâlinde, bu fıkradan verilen ceza aleniyetle birleştğinde ceza paraya çevirme sınırının üzerine çıkacaktır. Bu da özellikle basın ceza tehdidi sebebiyle haber verme hakkına sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. AİHM'nin bu konudaki karar ve tavsiyeleri ve Türkiye'de son dönemde ifade özgürlüğüne verilen önem dikkate alındığında Kanun koyucunun bu sonucu istediği kabul edilemez. Bu sebeplerle TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasına göre verilecek cezalarda da para cezası verilebilmelidir⁶⁸⁷.

Ancak, Yargıtay, son kararlarında TCK'nın 125. maddesi 3. fıkrasında cezanın seçenekli olmayıp, yalnızca hapis cezası olduğunu para cezasının uygulanamayacağını kabul etmiştir⁶⁸⁸. Bu durumda suçun alenen işlenmemesi halinde verilen ceza paraya çevrilebilir. Ayrıca verilen cezanın iki yılın altında olması halinde ertelenebileceği de açıktır. Hakaret suçlarında hapis cezası verilmesi hâlinde TCK'nın 53. maddesindeki yasaklılık hükmünün uygulanması da gerekir.

Suçun basın yoluyla işlenmesi hâlinde faile para cezası verildiğinde para cezasının ödenmemesi nedeniyle ceza, 5275 sayılı CGİK 106. maddesinin 3. fıkrasına göre hapse çevrilebilecektir. 5187 sayılı BK'nun 28. maddesi BK'da öngörülen suçlarla ilgili verilen para cezalarının hapse çevrilemeyeceğini öngörmüştür. Basın yoluyla işlenen hakaret suçları BK'da düzenlenmemiştir. BK, sadece bu kanunda düzenlenen

⁶⁸⁷ Şen 2006 a.g.e.,s.544; Özbek 2005 a.g.e.,s.277; Farklı görüşler için bkz. Centel, Zafer ve Çakmut 2007 a.g.e.,s.254; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 2007 a.g.e.,s.432; Yenedünya ve Alşahin 2007 a.g.e.,s.86; Hafızogulları 2006 a.g.e.,s.10

⁶⁸⁸“TCK'nın 125. maddesinin 1. Fıkrası – “3(a) madde ve fıkralarında öngörülen görevliye sövme suçunun sadece hapis cezası gerektirmesine karşın adli para cezasının belirlenmesi, yasaya aykırıdır.” şeklindedir; Yargıtay 4.CD. 11/12/2006 8657/17529, (Arisoy 2007 a.g.e.,s.203)

suçlar hakkında uygulanabileceğinden, basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında BK'nun 28. maddesi hükmü uygulanamayacaktır⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Yenidünya ve Alşahin 2007, a.g.e., s.86; Arısoy 2007, a.g.e., s.203

SONUÇ

Hakaret filleri tarihin her döneminde toplumun değer yargıları ve gelenekleri çerçevesinde belirlenerek cezalandırılmıştır. Uygulanan yaptırımlar da yine toplumun değerleri ile bağlantılı olarak şekillenmiştir.

Yaptırım, Roma Hukuku'nda ilk dönemde sadece para cezası iken, sonraki dönemlerde çeşitli şekiller almıştır.

İslam Hukuku'nda ise hakaret, tazir cezasıyla cezalandırılır. Zina isnadında ise yaptırım had cezasıdır.

İfade edelim ki bireysel hakaretin cezası genelde hafif iken, toplumda önemli ve üstün kabul edilen değerlere yönelik hakaretler çok ağır cezalarla, bazı halde ölüm cezasıyla karşılanmaktaydı.

Medeniyetlerin ilerlemesi, bireysel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkması ve bireyin haklarının hemen hemen her değerden üstün kabul edilmesi neticesinde günümüzdeki şekliyle hakaret ortaya çıkmıştır.

Modern dönemde, bütün hukuk sistemleri tarafından koruma altında olan kişilerin şeref ve saygınlıkları, TCK'da da bu değerlerin ihlalinin suç sayılması suretiyle güvence altına alınmıştır. Hakaret suçu, TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının sekizinci bölümünde “şerefe karşı suçlar” başlığıyla 125. maddede düzenlenmiştir. TCK'nın 125. maddesiyle bağlantılı olarak 126. maddede mağdurun belirlenmesi, 127. maddede isnadın ispatı, 128. maddede iddia ve savunma dokunulmazlığı, 129. maddede özel haksız tahrik hâlleri, 130. maddede kişilerin hatırasına hakaret ve 131. maddesinde soruşturma ve kovuşturma usulleri düzenlenmiştir.

TCK, 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak kişilere karşı suçları, “özel hükümler” başlıklı ikinci kitabın ilk bölümünde düzenlemek suretiyle bireye ve bireyin haklarına verdiği önem ve değeri göstermiştir. Bunun yanında 765 Sayılı Kanun döneminde, farklı değerlerin üstün tutularak değişik bölümlerde ve maddelerde düzenlenen özel hakaret suçları, TCK'da aynı maddede düzenlenerek bireyin onur ve şerefine diğer değerlerden daha önemli ve bireyin önceliğe sahip olduğu ortaya konmuştur. TCK, 765

Sayı Kanun döneminde önem verilen ve özel hakaret suçu olarak düzenlenen farklı değerleri gözetmiş ancak bunları hakaret suçunun nitelikli hâlleri olarak düzenlemiştir. Ancak, esas olan bireyin onuru ve saygınlığıdır. TCK, cumhurbaşkanına; devletin egemenlik alametlerine; Türk milletine; cumhuriyete ve devletin kurum ve organlarına hakareti ayrıca düzenlemek suretiyle bu değerlerin önemini vurgulamıştır.

TCK'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi TCK ile yapılan en önemli değişiklik, hakaret ve sövme ayırımının kaldırılarak her iki şerefe saldırı hâlinin aynı maddede düzenlenmiş ve aynı yaptırıma bağlanmış olmasıdır. Hakaret ve sövme ayırımı, suçun ağırlığının kanun koyucu tarafından önceden tespitine dayalı olarak yapılmıştır. Suçun ağırlığı, aynı suçun tahkir içeriği gibi görecedir. Yani fiilin işlendiği yere, zamana ve suçun işleniş biçimine göre değişir. Bu nedenler ve 765 Sayılı TCK döneminde hakaret ve sövme ayırımından kaynaklanan tartışmalar, bu ayırımı belirlemede getirilen kıstaslar dikkate alındığında, hakaret ve sövme ayırımının kaldırılmasının isabetli olduğu kabul edilmelidir. Hâkim, suçun haksızlık içeriğini elinde bulunan tüm verileri kullanarak belirleyecek ve buna göre cezayı takdir edecektir. Dolayısıyla daha adil sonuçların ortaya çıkması çok daha olası hâle gelmiştir.

Hakaret suçunun konusu, hakarete maruz kalan kişinin toplum içindeki onur, şeref ve saygınlığıdır. Kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek somut bir fiil veya olgu isnadı suç sayılır. Hakaret suçunun oluşumu için fiilin onur, şeref ve saygınlığı rencide etmesi gerekmez; fiilin objektif olarak, onur ve saygınlığı rencide edebilecek niteliğe sahip olması yeterlidir. Kanun, böyle bir fiilin kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide ettiğini varsaymaktadır. Bu sebeple, hakaret suçu “soyut tehlike” suçudur.

Hakaret suçu, kişiye bir şekilde saldırarak da gerçekleştirilebilir. Saldırı, sözle olabileceği gibi herhangi bir hareketle de olabilir. Bu durumda da yani sövmeye de fiilin objektif olarak saldırı niteliği taşıyıp taşımadığı dikkate alınır. Fiilde, objektif olarak saldırı niteliği varsa suç oluşur. Seçimlik hareketlerin her ikisinde de objektif nitelik aranması, kişilerin gereksiz ve anlamsız alınganlıklarının suç sayılmasını önler. Bunun

yanında, soyut ve tespiti çok zor olan hatta mümkün bulunmayan onur, şeref ve saygınlığın rencide olması hâlinin tespit edilmesi gibi bir zorunluluğu ortadan kaldırır.

Hakaret suçunun faili ve mağduru yaşayan herhangi bir gerçek kişi olabilir. Kanun, bu suçun ancak bir gerçek kişi veya kişiler tarafından işlenebileceğini ve ancak bir gerçek kişi ya da kişilere karşı işlenebileceğini öngörmüştür. TCK'nın 20. maddesi suç failinin tüzel kişi olamayacağını açıkça ifade etmiştir. Hakaret suçunun mağdurunun tüzel kişi olamayacağı maddede suçun bir "kimseye" karşı işlenebileceğinin belirtilmesi ve maddenin son fıkrasında düzenlenen kurullara karşı yapılan hakaretin, kurulu oluşturan kişilere karşı yapılmış sayılacağını belirlenmesinden anlaşılmaktadır. Şerefe karşı saldırılar, tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilebilir ve tüzel kişilere karşı da işlenebilir. Ancak, bu hâllerde hakaret suçu oluşmaz. Bu gibi durumlarda ortada bir haksız fiil vardır. Tüzel kişi mağdur, hukuk mahkemelerinde tazminat davası açabilir. Hakaret suçunun mağduru, belli ya da belirlenebilir bir kişi olmalıdır. Mağdur, açıkça belirtilmediyse her türlü delille mağdurun belirlenmesi mümkündür. Ancak, mağdur belirlenemiyorsa inceleme konusu suç oluşmaz. Kanun, ölümlerin hatırasına hakareti ayrı bir maddede düzenleyerek bu durumda ölümlerin yakınlarının mağdur olduğunu, ölümlerin ise mağdur olamayacaklarını kabul etmiştir.

Hakaret suçu, bir kimsenin yüzüne karşı veya gıyabında işlenebilir. Her iki hâlde de aynı yaptırım uygulanır. TCK, 765 Sayılı Kanun'da olduğu gibi hakaretin, huzurda veya gıyapta yapılmış olmasında herhangi bir fark gözetmemiştir. Aslında gıyapta yapılan hakaretlerin haksızlık içeriği daha fazladır. Ancak, hakaret ve sövme ayırımının tartışıldığı bölümde de açıklandığı gibi suçun haksızlık içeriğini belirleme hâkime aittir. Gıyapta hakaret suçunun oluşması için failin, üç kişiyle ihtilat etmesi gerekir. Hakaret fiilini sadece iki kişinin öğrenmesi hâlinde suç oluşmaz. Ancak, fiil, haksız fiil olarak kalmaya devam eder. Bu sebeple bu husus tazminat davasına konu olabilir. Kanun gerekçesinde, izlenen suç siyaseti nedeniyle böyle bir düzenleme yapıldığını ifade etmektedir.

Kanun koyucunun izlediği suç siyasetinin kapsamı belirlenmemiştir. Sadece iki kişiyle ihtilat eden ancak bu hareketiyle tahkir fiilinin bir şekilde yayılmasına sebep olan herhangi bir kişi veya kişiler, gıyapta hakaret suçunun oluşması için üç kişiyle

ihtilatın aranması sebebiyle cezadan kurtulabileceklerdir. Böyle bir durumda, suç olarak kabul edilen birçok fiilden haksızlık içeriği çok daha fazla olan bir fiilin ve ağır bir suçluluk hâlinin olabileceği ortadadır. Bu sebeple gıyapta hakaret için üç kişiyle ihtilat şartı aranması, haksız ve adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir.

Kanun, ileti ile işlenen hakaret suçlarını huzura eşit saymıştır. İletinin, mağduru muhatap alması yeterlidir; mağdura gönderilmesi gerekmez. İletiyile gıyapta hakaret suçu da işlenebilir.

Hakaret suçu, doğrudan kastla veya olası kastla işlenebilen bir suçtur. Failde, hakaret etme, aşağılama özel kastı aranmaz. Kanun, hakaret suçunun taksirli şeklini cezalandırmamıştır.

TCK'nın 125. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. 765 Sayılı Kanun'da farklı bölümlerde ve ayrı suç tipleriyle korunan değerler, TCK'da nitelikli hâl olarak düzenlenmek suretiyle güvence altına alınmıştır. Kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret, kişinin düşünce ve kanaatleri sebebiyle ve kişinin dinine ait bir değerden bahisle hakaret 3. fıkra, hakaret suçunun alenen işlenmesi ise 4. fıkra nitelikli hâl olarak düzenleniş ve bu tür suçların cezası suçun temel şekline nazaran daha ağır olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme, 765 Sayılı Kanun'da farklı maddelerde düzenlenen birçok suç tipini tek başlık altında toplamak suretiyle suçu basitleştirmiş ve belirliliğini artırmıştır. Ayrıca, bu düzenlemeyle uygulamada çıkan birçok sorunun ortadan kalkacağı söylenebilir.

Hakaret suçu, bir kanaat, görüş, olay, değer yargısı bildirme şeklinde ortaya çıktığından bir düşünce açıklaması, bir ifade şeklidir. Bu niteliği dolayısıyla ifade özgürlüğüyle yakın bir ilişki içindedir. Her ne kadar kişiyi rencide eden, toplumsal barışı bozan saldırgan, kavgaya sebep olan ifadeler korunmaya değer olarak kabul edilmeyebilirse de bir ifadenin hangi nitelikte olduğunun tespiti, kişilerin ve toplumun zihniyetlerinden, inançlarından, değerlerinden bağımsız olarak ortaya çıkmaz. Hatta doğrudan doğruya bu değerlerle bağlantılı olarak tespit edilir. Dolayısıyla ifadenin niteliği, subjektiftir ve bu anlamda belirli veya belirlenebilir olmaktan uzaktır. İfade ile hakaret arasındaki çelişki, hassas dengeler üzerinde kurularak giderilmeye çalışılır.

Demokratik toplumlarda ifade özgürlüğü, demokratik toplumun gelişimi için vazgeçilmez olarak kabul edilen bir haktır. Eleştiri hakkı olarak da ifade edebileceğimiz bu hak, 5237 sayılı kanunun 26/1 fıkrasında belirtilen bir hukuka uygunluk sebebidir. Yine ifadenin ortaya çıkış biçimleri olan haber verme ve alma, toplantı, ilmî ve edebi eserler ve bunlarla yapılan eleştiriler, hakkın kullanımı hukuka uygunluk sebepleri içerisinde kabul edilir.

Demokratik toplum, halkın bilgilendirilmesi ve gerçeklerin belirli sınırlamalarla her zaman ortaya çıkmasını gerektirir. Gerçeğin ortaya çıkmasında her zaman toplumsal fayda olduğu kabul edilir. Kimse; özellikle kamuya mal olmuş ve kamu görevi yürüten veya yürütmeye aday kişiler, layık olmadıkları bir üne ve şerefe sahip olmamalıdır. Bu düşünceyle kanun koyucu, gerçeğin ortaya çıkmasının topluma faydalı olduğu kabul edilen hâllerde, gerçeğin (isnadın) ispatına, TCK'nın 127. maddesiyle izin vermiştir. TCK'da isnadın ispatı, istisnadır; yani, prensip olarak isnadın ispatına izin verilmez. Eğer isnat suç oluşturan bir fiilse, isnat edilen olayın bilinmesinde kamu yararı varsa veya mağdur ispata rıza gösterirse gerçeğin ispatlanması hâlinde faile ceza verilmeyecektir. Eğer isnat, daha önce mahkûm olmuş bir kişiye, mahkûm olmuş olduğu suçtan dolayı yapılmışsa isnadın ispatına izin verilmez. Kanun, bu tür fiillerin gerçekliğinin bilinmesinde toplumsal yarar görmemiştir.

İddia ve savunma hakkı, Anayasal bir haktır. Kanun koyucu, iddia ve savunmalarda herkesin hiçbir baskı altında olmadan ve çekinmeden hareket etmesinde birçok toplumsal fayda olduğunu kabul ederek TCK'nın 128. maddesinde iddia ve savunma hakkını (dokunulmazlığını) düzenlemiştir. Buna göre, kişilerin herhangi bir yetkili mercie yaptıkları şikâyetler ve bu mercilerde ileri sürülen iddia ve savunmalar, hakaret oluştursa bile hakkın kullanımı kapsamında değerlendirilerek kişiye ceza verilmez. TCK, 765 Sayılı Kanun'da da var olan söz konusu düzenlemenin kapsamını genişletmiş; adli makamlar yanında idari makamları da bu kapsama dâhil etmiştir. İdari veya adli makamlar nezdinde yapılacak iddia ve savunmalar, hakaret oluştursa bile gerçek ve somut olaylara dayanıyorsa ve uyuşmazlıkla bağlantılı ise hakkın kullanımı kabul edilecektir. 765 sayılı TCK' dan farklı olarak isnadın uyuşmazlığın çözümünde

faydalı olması aranmamış, isnadın uyumsuzlukla bağlantılı olması, hakkın kullanımı kapsamının belirlenmesinde yeterli sayılmıştır.

TCK, hakaret suçlarında 765 Sayılı Kanun'da da olduğu gibi tahrik hâllerini özel olarak düzenlemiştir. TCK'nın 129. maddesinde öngörülen hâllerde suç işleyen kişiler hakkında TCK'nın 29. maddesindeki genel tahrik hükmü uygulanmaz. Bu hâllerde TCK'nın 129. maddesinde düzenlenen özel tahrik hükümleri uygulanır. TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrası, suçun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde cezanın indirileceğini veya faile ceza verilmeyeceğini hüküm altına almıştır. Eğer hakaret suçu, kasten yaralamaya tepki olarak işlenmişse 129. maddenin 2. fıkrası gereğince faile ceza verilmez. Karşılıklı hakaret hâlinde de söz konusu maddenin 3. fıkrası gereğince her iki failin cezası indirilebileceği gibi her iki faile de ceza vermekten vazgeçilebilir. 129. maddenin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen tahrik hâllerinin hukuki niteliği izah edilebilir olmasına rağmen karşılıklı hakaretin hukuki niteliğini izah etmek çok zordur. Bir olayda, ilk haksız hareketi gerçekleştirerek hakaret eden kişinin cezasından indirim yapılmasının veya bu kişiye ceza verilmekten vazgeçilmesinin açıklanabilir bir mantığı olduğu söylenemez.

Hakaret suçu, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı bir suçtur. Ancak, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçu, resen soruşturulur; şikâyeteye bağlı değildir. Hakaret suçunun cezası, hapis ve para cezası olarak belirlenmiştir. Söz konusu cezalar, seçimlik cezalardır; yani sadece hapis veya sadece para cezasına hükmedilebilir.

Kişilerin şeref ve saygınlığının, TCK'nın 125. ve devamı maddelerinde düzenlenen hükümlerle etkin bir şekilde korunduğu ve güvence altına alındığı söylenebilir. Ancak, hakaretin bir ifade şekli olması, ifade özgürlüğünü kısıtlama eğilimi ve ifade özgürlüğüne verilen önem sebebiyle hakaret teşkil eden fiiller açısından hapis cezası dışında bir yaptırımın daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Hapis cezaları, ifade özgürlüğüne ve hakkına ciddi bir tehdit olarak ortaya çıkmaktadır; özellikle basının haber verme hakkı önünde önemli bir engeldir. Kişilerin şeref ve saygınlıkları, sadece para cezalarıyla da etkin bir şekilde korunabilir. AİHM de ifade özgürlüğünün önem ve değerini dikkate alarak hakaret suçlarının hapis cezasıyla

cezalandırılmasını doğru bulmamaktadır; TCK'nın 125. maddesinin uygulamasında, ifade özgürlüğünün ve demokratik toplumun sağlanması için bu husus da dikkate alınmalı, etkin ve caydırıcı olabilecek para cezalarıyla yetinilmelidir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, **Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2004.
- Arısoy, Mine, **Hakaret**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, (Eylül-Ekim 2007).
- Arslan, Zühtü (derleyen), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Çeviren Bahattin Seçilmişoğlu. Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, 2003.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, ve A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Cilt 1. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Ayık, İsmail Hakkı, **Tahrir**, Adalet Dergisi, 1952.
- Beccaria, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviren Sami Selçuk. Ankara: İmge Kitabevi, 2004.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, **"Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye" Kamusu**, Cilt 3. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1950.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007.
- Council of Europe, **Resolution 1577 (2007) Towards decriminalisation of defamation**, 4 Ekim 2007, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1577.htm#1> (Mayıs 18, 2008 tarihinde erişilmiştir).
- Çetin, Erol, **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Çiftçi, Ahmet, **Özel Hayat Hakkı ve Gizli Kamera Kullanımı ile Kamu Yararı Arasındaki İlişki**, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, 18 Nisan 2002, http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=c8d7cdc5-e006-4bc4-a370-3f6fc36224a7 (Kasım 19, 2007 tarihinde erişilmiştir).
- Demirbaş, Timur, **Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrir Hâlleri**, İstanbul: Üçdal Neşriyat, 2006.
- Dohel, Ilia, **Representative on Freedom of the Media: Report on Achievements in the Decriminalization of Defamation**, IRIS. 2006. <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/10/article1> (Mayıs 18, 2008 tarihinde erişilmiştir).

- Dönmezer, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Dönmezer, Sulhi, ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 2. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983.
- Erdoğan, Belgin, ve Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2000.
- Erdoğan, M. Akif, **Lefkoşa Şer'i Mahkeme Tutanaklarında Şetm (1580-1640)**, VIII. Uluslararası Türkiye'nin Sosyal ve Ekonomik Tarihi Kongresi, Bursa: Uludağ Üniversitesi, 1998.
- Erdurak, Yılmaz Güngör, **Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adil Yayınevi, 1994.
- Erem, Faruk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1984.
- Erem, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Cilt 3, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1993.
- Erman, Sahir. Hakaret ve Sövme Cürümleri. İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1950.
- Erman, Sahir, ve Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Dünya Yayıncılık A.Ş., 1992.
- Erman, Sahir, ve Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm**, Kişilere Karşı Suçlar. İstanbul: Dünya Yayıncılık A.Ş., 1994.
- Erol, Haydar, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Cilt 1, 2 cilt, Ankara: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2007.
- Gökçen, Ahmet, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.
- Gözübüyük, A. Şeref, ve A. Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.
- Hafızoğulları, Zeki, **Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar**, Başkent Üniversitesi, 07 Nisan 2006, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/hakaret.doc> (Kasım 20, 2007 tarihinde erişilmiştir).
- Hakeri, Hakan, **Katile "Katil" Diyemezsiniz**, Yargı Haberleri, 10 Haziran 2005, http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2005/06/10.htm (Mayıs 10, 2008 tarihinde erişilmiştir).
- Hakeri, Hakan, **Sorularla Ceza Hukuku**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005.

- Hatipoğlu, Muzaffer, ve Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt 1, Ankara: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2007.
- İbn-i Abidin, **Reddül - Muhtar Ale'd - -Dürri'l – Muhtar**, Çeviren Ahmet Davudoğlu, Cilt 8, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1982.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Ankara-İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları, 2002.
- Karayalçın, Yaşar, **Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1-4. 1962.
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1962-19-01-04/AUHF-1962-19-01-04-Karayalcin.pdf> (Ocak 10, 2008 tarihinde erişilmiştir).
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey, ve Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2006.
- Kurdoğlu, Nasuhi, **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Son Bir Kararı Üzerine Düşünceler**, Ankara Barosu Dergisi, 1992/1.
- Macovei, Monica, **İfade Özgürlüğü**, Ankara: Adalet Bakanlığı Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2003.
- Malkoç, İsmail, ve Mahmut Güler, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Cilt 4, Ankara: Adil Yayınevi, 1996.
- Odyakmaz, Zehra, **Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu**, Türkiye Barolar Birliği, 1999.
- Öktem, Emre, ve Melike Batur Yamaner, **Karikatür Krizi ve AİHM Önünde Dine Hakaret Olgusu**, Güncel Hukuk, no. 3 (Mart 2006).
- Özbek, Veli Özer, **Şerefe Karşı Suçlar**, İstanbul Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı:5 (Nisan 2005).
- Özel, Cevat, **Kitle İletişim Araçları ve Kişilik Haklarının Korunması**, İstanbul: Arion Yayınevi, 2003.
- Özen, Muharrem, **Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Hâlleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 51, Sayı: 3 (2002).
- Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara: Adalet Bakanlığı, Ankara Açık Cezaevi İnfaz Kurumu Matbaası, 2006.
- Özkorkut, Nevin Ünal, **Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti'ndeki Görünümü**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 51, Sayı:3 (2002).
- Selçuk, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Ankara: Yeni Türkiye

Yayınları, 1998.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2005.

Şen, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

T.C. Yargıtay Başkanlığı, 25 04 2008,
<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/yeniTasarim> (Nisan 25, 2008 tarihinde erişilmiştir).

Telenbach, Silvia, **Alman Ceza Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Hakaret Suçları**, Bahçeşehir Üniversitesi Global Hukuk Programları IGUL, 17 Ocak 2007,
http://igul.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon_id=7&ana_id=59&lang=TR&id=5 (Ocak 15, 2008 tarihinde erişilmiştir).

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2004.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, ve R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.

Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara: Savaş Kitap ve Yayın Evi, 2007.

Türk Dil Kurumu,
<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=%c5%9feref> (Ocak 15, 2008 tarihinde erişilmiştir).

Türkiye Gazeteciler Sendikası, **TGS'nin TCK Hakkındaki Görüşleri**, Türkiye Gazeteciler Sendikası, 05 Mayıs 2005,
http://www.tgs.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=24&Itemid=16 (Mayıs 01, 2008 tarihinde erişilmiştir).

Vikipedi, **Kanuni Sultan Süleyman**, 18 Mayıs 2008,
http://tr.wikipedia.org/wiki/Kanuni_Sultan_S%C3%BCleyman (Mayıs 18, 2008 tarihinde erişilmiştir).

Walker, Clive, **Reforming the Crime of Libel**, New York Law School Law Review, 2006, <http://www.nyls.edu/pdfs/NLRVol50-106.pdf> (Kasım 2007, 23 tarihinde erişilmiştir).

Wikipedia The Free Encyclopedia, **Commonwealth of Nations - Wikipedia, The Free Encyclopedia**, 2007, http://en.wikipedia.org/wiki/Commonwealth_of_Nations (23 Kasım, 2007 tarihinde erişilmiştir).

Wikipedia The Free Encyclopedia, **Defamation-Wikipedia, The Free Encyclopedia**,

2007, <http://en.wikipedia.org/wiki/Libel> (Kasım 23, 2007 tarihinde erişilmiştir).

Wikipedia The Free Encyclopedia, **English Defamation Law - Wikipedia The Free Encyclopedia**, 2007, http://en.wikipedia.org/wiki/English_defamation_law (Kasım 23, 2007 tarihinde erişilmiştir).

Wikipedia The Free Encyclopedia, **Privilege of Peerage-Wikipedia, The Free Encyclopedia**, 2007, http://en.wikipedia.org/wiki/Privilege_of_Peerage#Scandalum_magnatum (Kasım 23, 2007 tarihinde erişilmiştir).

Wikipedia The Free Encyclopedia, **Rehabilitation of Offenders Act 1974 - Wikipedia, The Free Encyclopedia**, 2007, http://en.wikipedia.org/wiki/Rehabilitation_of_Offenders_Act_1974 (Kasım 23, 2007 tarihinde erişilmiştir).

www.adalet.org, <http://www.adalet.org/forum2/karar/cbekran.php?id1=5181> (Nisan 12, 2008 tarihinde erişilmiştir).

Yaşar, Osman, **Asliye Ceza Davaları**, Ankara: Adil Yayınevi, 1994.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, **Haber Verme Hakkının Hakaret Suçları Bakımından Sınırları**, Cilt 11, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma , 1999.

Yenidünya, Ahmet Caner, ve Mehmet Emin Alşahin, **Bireyin Şerefine Karşı Suçlar**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı), Sayı: 68 (Ocak-Şubat 2007).

Zafer, Hamide, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004.