

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

HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK veya AŞAĞILAMA SUÇLARI
(TCK m. 216)

Doktora Tezi

ÖZGE APİŞ

İstanbul, 2017

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

HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK veya AŞAĞILAMA SUÇLARI
(TCK m. 216)

Doktora Tezi

ÖZGE APİŞ

Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul, 2017

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

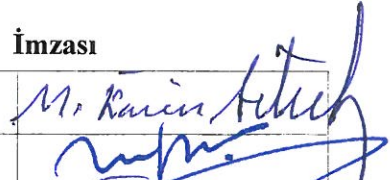
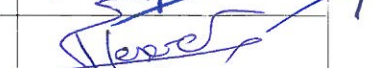
TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi ÖZGE APİŞ'nin HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK VE AŞAĞILAMA adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 23.01.2017 tarih ve 2017-2/20 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 10 / 02 / 2017

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1. Tez Danışmanı	Prof. Dr. MEHMET EMİN ARTUK	
2. Jüri Üyesi	Prof. Dr. AHMET GÖKCEN	
3. Jüri Üyesi	Prof. Dr. ÖZLEM YENERER ÇAKMUT	
4. Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. MEHMET EMİN ALŞAHİN	
5. Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. SİNAN BAYINDIR	

ÖNSÖZ

Toplumsal yaşam içerisinde, bir takım özelliklere sahip toplulukların yahut bu topluluklara üye olan kimselerin, söz konusu özellikleri nedeniyle bir suçun mağduru olmaları, heterojen bir toplumda ırk, din veya diğer özellikler temelinde, barışın ve vatandaşlar arasındaki eşitlik inancının ihlal edilmesine neden olmaktadır. Bu ise söz konusu topluluklar arasında bir taraf seçme şeklinde gerçekleşen kutuplaşmaları ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, nefret suçu ve nefret söylemi olarak da isimlendirilen bu tip suçların failine, toplumsal barışın ve kamu düzeninin korunabilmesi için, ortaya çıkan ihlal ve zarar ile orantılı bir yaptırımın uygulaması gerektiği dile getirilmektedir.

Söz konusu yaptırımın TCK bakımından kısmi kaynağını, 216. maddede yer alan suç tipleri oluşturmaktadır. Söz konusu suç tiplerini esas alarak hazırlamış olduğumuz çalışmamız, iki bölümden oluşmaktadır. Sonuç kısmında ise, söz konusu suç tipleri hakkındaki kanaat ve çözüm önerilerimiz sunulmaktadır.

Birinci bölümde, 216. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik*” suçuyla ilgili kavramlara, suçun tarihi gelişimine, 216. maddede düzenlenen suçların nefret suçları ve nefret söylemiyle ilişkisi ve İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları kapsamında düşüncüyü ifade özgürlüğüne ilişkin genel açıklamalara ve özellikle “*açık ve yakın tehlike teorisi*”ne değinilmektedir.

İkinci bölümde ise, TCK.’nın 216. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Halkın Bir Kesimini Alenen Aşağılama*” ile 3. fıkrasında yer alan “*Dini Değerleri Alenen Aşağılama*” suçları, ayrı alt kısımlarda ve 5237 sayılı Kanun’un benimsediği suç teorisi göz önünde bulundurularak, incelenmektedir. Yine bu bölümde, söz konusu suç tipleri bakımından, özellikle İHAM’nin bu konulara ilişkin önüne gelen davalarda ne şekilde bir yorum tarzını benimsediği, her bir suç tipi açısından ayrı ayrı incelenmektedir.

Bu çalışmanın ortaya çıkması sırasında, akademik bilgi ve tecrübesiyle bana yol gösteren ve danışmanlığımı üstlenen, **Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**’a teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmanın sonuçlandırılmasında emeği geçen ve fikirleriyle tez çalışmamızın gelişmesine katkı sağlayan, **Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN**, **Prof. Dr. Özlem YENERER**

ÇAKMUT, Yrd. Doç. Dr. Sinan BAYINDIR ve Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN'e de müteşekkirim.

Friedrich-Alexander Üniversitesi'ne araştırmacı olarak kabul edilmeme vesile olan ve oradaki çalışmaların boyunca, mütevazı ve misafirperver yaklaşımlarıyla hiçbir konuda desteğini esirgemeyen **Prof. Dr. Hans KUDLICH'e de teşekkür ederim.**

Friedrich-Alexander Üniversitesi'ne gitmeme ve orada araştırma yapmam için çalışmama finansal destek sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÜBİTAK) da ayrıca teşekkür ederim.

Son olarak, bugünlere gelirken, tüm zorlukların üstesinden gelmem için maddi ve manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen, fedakâr anne ve babama müteşekkirim.

Dr. Özge APİŞ

24.02.2017, Haydarpaşa

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	x
ÖZET	xii
ABSTRACT	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HALKI KİN ve DÜŞMANLIĞA ALENEN TAHRİK SUÇU (TCK m. 216/1)

I. SUÇ TİPİNİN TARİHİ GELİŞİMİ ve GENEL AÇIKLAMALAR	6
II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	10
A. Genel Açıklamalar	10
B. Kamu Düzeni	11
C. Kamu Barışı	15
III. SUÇUN UNSURLARI	17
A. Suçun Maddi Unsurları	17
1. Fiil	17
a. Genel Açıklamalar	17
b. Tahrik Kavramı ve Tahrik Niteliğindeki Fiiller	18
c. Değerlendirme	29
d. Tahrikin Hukuki Niteliği	33
e. Tahrik ve Haksız Tahrik	37
f. Kin ve Düşmanlık	39
g. Aleniyet	45
aa. Aleniyetin Tespiti	51
aaa. Fiilin İşlendiği Yer	51
bbb. Fiilin Belirli Olmayan ve Birden Fazla Kişiler Tarafından Algılanabilir Olması	55
bb. Aleniyetin Hukuki Niteliği	60
cc. Değerlendirme	61

2. Netice	62
3. Fail.....	64
4. Mağdur	65
a. Genel Açıklamalar	65
b. Halk ve Halkın Bir Kesimi Kavramları	66
c. Sosyal Sınıf.....	71
aa. Marxist Sınıf Teorisi	73
bb. Weberci Sınıf Teorisi	74
cc. TCK'nun 216. Maddesi Bakımından Sosyal Sınıf Kavramı	76
d. Irk.....	78
e. Din	80
f. Mezhep.....	86
g. Bölge.....	87
h. Cinsiyet.....	87
i. Değerlendirme	89
5. Konu	91
a. Genel Açıklamalar	91
b. Kamu Güvenliği	94
c. Açık ve Yakın Tehlike Teorisi.....	97
aa. Açık ve Yakın Tehlike Teorisinin Tarihi Gelişimi ve ABD Hukukundaki Uygulaması	97
bb. İHAM Kararları Bakımından Açık ve Yakın Tehlike Teorisi	115
cc. Değerlendirme	127
d. Kamu Güvenliği Açısından Açık ve Yakın Bir Tehlikenin Ortaya Çıkması Halinin Hukuki Niteliği	133
aa. Genel Açıklamalar	133
bb. Değerlendirme.....	141
6. Nitelikli Unsur.....	143
a. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi.....	143
B. Manevi Unsur	149
C. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	152
a. Genel Açıklamalar	152

b. Düşünceyi İfade Özgürlüğü	153
aa. Düşünceyi İfade Özgürlüğünün Kapsamı	158
aaa. Bilgi Alma ve Öğrenme Özgürlüğü	158
bbb. Kanaat Özgürlüğü	160
ccc. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü	162
bb. Düşünceyi İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması.....	163
bbb. Sınırlamanın Koşulları	163
aaaa. Sınırlamanın Kanunla Öngörölmüş Olması	167
bbbb. Sınırlamanın Meşru Bir Amaca Dayanması	171
cccc. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması	172
ccc. Düşünceyi İfade Özgürlüğünü Sınırlandırılmasında İHAM'nin TCK'nun 216/1. Maddesini Yorumlaması	178
IV. SUÇ TIPININ BENZER DÜZENLEMELERLE MUKAYESESİ.....	187
A. Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu.....	187
B. Suç İşlemeye Tahrik Suçu.....	189
C. Suçu ve Suçluyu Övme Suçu	191
D. Kanunlara Uymamaya Tahrik Suçu	194
E. Nefret ve Ayrımcılık Suçu	196
F. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine Karşı Silahlı İsyan Suçu	198
G. Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Toplumda Nefret Duyguları Oluşturma Kabahati	199
V. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER	200
A. Almanya	200
B. Avusturya	205
C. Belçika.....	207
D. Çek Cumhuriyeti	209
E. Estonya	211
F. Finlandiya	212
G. Fransa	213
H. Hollanda	215
İ. Macaristan	217
J. Polonya.....	219
K. Yunanistan	221

L. Değerlendirme	222
VI. HALKI KİN ve DÜŞMANLIĞA TAHRİK veya AŞAĞILAMA SUÇLARININ NEFRET SUÇLARIYLA İLİŞKİSİ.....	226
A. Nefret Suçu ve Nefret Söylemi Kavramları	226
B. Nefret Suçlarının Tarihsel Gelişimi ve Uluslararası Düzenlemeler	233
C. İHAM ve Amerikan Mahkeme Kararlarında Nefret Söylemi.....	238
D. 5237 Sayılı Kanun Bakımından Değerlendirme	253
VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	256
A. Teşebbüs.....	256
B. İştirak.....	258
C. İçtima.....	259
VIII. SUÇUN YAPTIRIMI, SORUŞTURMA USULÜ ve YETKİLİ MAHKEME	261
A. Yaptırım	261
B. Soruşturma Usulü ve Yetkili Mahkeme	265

İKİNCİ BÖLÜM

HALKIN BİR KESİMİNİ ve DİNİ DEĞERLERİ ALENEN AŞAĞILAMA SUÇLARI

S.1. HALKIN BİR KESİMİNİ ALENEN AŞAĞILAMA SUÇU (TCK m. 216/2)

I. SUÇ TİPİNİN TARİHİ GELİŞİMİ ve GENEL AÇIKLAMALAR	267
II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	268
III. SUÇUN UNSURLARI.....	270
A. Suçun Maddi Unsurları	270
1. Fiil	270
a. Genel Açıklamalar	270
b. Aşağılama Kavramı	272
c. İHAM Kararlarında Halkın Bir Kesimini Aşağılama.....	278
d. Değerlendirme	292
2. Netice	296
3. Fail.....	297
4. Mağdur	297
5. Konu	298
6. Nitelikli Unsur.....	299
a. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi.....	299

B. Manevi Unsur	300
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	301
a. Genel Açıklamalar	301
b. İHAM'nin Halkın Bir Kesimini Aşağılama Niteliğindeki Fiilleri Düşünceyi İfade Özgürlüğü Bakımından Yorumu	302
c. Değerlendirme	310
IV. SUÇ TİPİNİN BENZER DÜZENLEMELERLE MUKAYESESİ.....	312
A. Nefret ve Ayrımcılık Suçu	312
B. Kişinin Dini, Siyasi, Sosyal, Felsefi İnanç, Düşünce ve Kanaatlerini Açıklamasından, Değiştirmesinden, Yaymaya Çalışmasından, Mensup Olduğu Dinin Emir ve Yasaklarına Uygun Davranmasından Dolayı Hakaret Suçu	313
C. İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu.....	315
D. Halkın Bir Kesiminin Benimsediği Dini Değerleri Alenen Aşağılama Suçu	317
E. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu	318
F. Hakaret İçeren Tezahürat Suçu.....	320
G. Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Toplumda Nefret Duyguları Oluşturma Kabahati .	321
V. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER	322
A. Almanya	322
B. Avusturya	326
C. Belçika.....	327
D. Danimarka	329
E. Fransa	330
F. Hollanda.....	333
G. İsveç	335
H. Macaristan.....	336
İ. Polonya	339
J. Yunanistan.....	340
K. Değerlendirme.....	342
VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	344
A. Teşebbüs.....	344
B. İştirak.....	346

C. İçtima.....	346
VII. SUÇUN YAPTIRIMI, SORUŞTURMA USULÜ ve YETKİLİ MAHKEME.....	347
A. Yaptırım	347
B. Soruşturma Usulü ve Yetkili Mahkeme	348
S.2. DİNİ DEĞERLERİ ALENEN AŞAĞILAMA SUÇU (m. 216/3)	
I. SUÇ TİPİNİN TARİHİ GELİŞİMİ ve GENEL AÇIKLAMALAR	350
II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	353
A. Genel Açıklamalar	353
B. Din Özgürlüğü.....	354
III. SUÇUN UNSURLARI.....	367
A. Suçun Maddi Unsurları	367
1. Fiil	367
a. Genel Açıklamalar	367
b. Fiilin Kamu Barışını Bozmaya Elverişli Olması	368
c. İHAM Kararlarında Dini Değerleri Aşağılama	371
d. Değerlendirme	379
2. Netice	386
3. Fail.....	386
4. Mağdur	387
5. Konu	387
a. Dini Değer Kavramı.....	387
6. Nitelikli Unsur.....	391
a. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi.....	391
B. Manevi Unsur.....	392
C. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	394
a. Genel Açıklamalar	394
b. İHAM'nin Dini Değerleri Aşağılama Niteliğindeki Fiilleri Düşünceyi İfade Özgürlüğü Bakımından Yorumu	395
c. Değerlendirme	402
IV. SUÇ TİPİNİN BENZER DÜZENLEMELERLE MUKAYESESİ.....	406
A. İnanç Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme Suçu	406
B. Nefret ve Ayrımcılık Suçu	408

C. Kişinin Mensup Bulunduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle Hakaret Suçu.....	409
D. İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu	411
E. Halkın Bir Kesimini Din Farklılığına Dayanarak Alenen Aşağılama Suçu.....	413
V. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER	414
A. Almanya	414
B. Avusturya	416
C. Belçika.....	417
D. Danimarka	418
E. Finlandiya	421
F. Fransa.....	422
G. İrlanda	424
H. İtalya.....	425
İ. Polonya	427
J. Yunanistan.....	429
K. Değerlendirme.....	431
VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	433
A. Teşebbüs.....	433
B. İştirak.....	435
C. İçtima.....	435
VII. SUÇUN YAPTIRIMI, SORUŞTURMA USULÜ ve YETKİLİ MAHKEME.....	436
A. Yaptırım	436
TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasına göre, dini değerleri alenen aşağılama suçunun cezası, altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır.	436
B. Soruşturma Usulü ve Yetkili Mahkeme	437
SONUÇ	439
KAYNAKÇA	454

KISALTMALAR

ACK	:Alman Ceza Kanunu
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
ABD	:Ankara Barosu Dergisi
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Av.CK	:Avusturya Ceza Kanunu
BCK	:Belçika Ceza Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
CD	:Ceza Dairesi
CK	:Ceza Kanunu
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇCK	: Çek Ceza Kanunu
DCK	: Danimarka Ceza Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜSBD	: Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
E.	:Esas
ECK	: Estonya Ceza Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FCK	:Finlandiya Ceza Kanunu
Fr.CK	:Fransız Ceza Kanunu
Fr.BÖK	: Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜİD	: Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi
HCK	:Hollanda Ceza Kanunu

Iss.	:Issue
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
İHAM	:İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İs.CK	: İsveç Ceza Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİHD	: İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
MCK	: Macar Ceza Kanunu
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	:Karar
LAÜSBD	: Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
m.	:Madde
No.	:numara
PCK	:Polonya Ceza Kanunu
RG	:Resmi Gazete
s	:Sayfa
SDÜİİBFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları
TCK	:Türk Ceza Kanunu
UÜİFD	: Uludağ Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi
v.	: versus
vd.	:ve devamı
vs.	:ve saire
Vol.	: Volume

ÖZET

Bu tezde Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesinde yer alan “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik*”, “*Halkın Belli Bir Kesimini Alenen Aşağılama*” ve “*Dini Değerleri Alenen Aşağılama*” suçları incelenmektedir.

Tez iki bölümden oluşmakta olup, birinci bölümde, 216. maddede düzenlenen suçların nefret suçları/söylemiyle ilişkisi, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu hakkında genel açıklamalar, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, suçun unsurları ve özellikle bu kapsamda tahrik, tahrik niteliğindeki fiiller, açık ve yakın tehlike teorisi, düşüncüyü ifade özgürlüğü kurumları, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi, ABD Mahkemeleri ve İHAM kararları kapsamında değerlendirilmektedir.

İkinci bölümde ise, halkın belli bir kesimini ve dini değerleri alenen aşağılama suçları, Yargıtay ve İHAM kararları kapsamında ayrı ayrı incelenmektedir. Yine her iki suç hakkında genel açıklamalar, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve diğer yandan suçun unsurları ayrı kısımlarda değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tahrik, aşağılama, aleniyet, halk kesimi, açık ve yakın tehlike.

ABSTRACT

In this dissertation, “*Public Incitement People to Hatred*”, “*Public Insult of Certain Parts of Public*” and “*Blasphemy*” in the Article 216 of Turkish Penal Code is examined.

The dissertation consists of two parts: in the first section, dissertation studies the terms of “*hate crimes*” and “*hate speech*” related to article 216 of Turkish Penal Code, history of the offence, how codificated in comparative law, the legal value protected by the offence and objective and subjective elements of the offence. On the other hand in the first section, the clear and present danger theory and the doctrine of freedom of speech are also discussed related to Turkish Supreme Court, Turkish Constitutional Court, American Supreme Court and European Court of Human Rights judgements.

In the second section, dissertation examines the offences of “*Public Insult of Certain Parts of Public*” and “*Blasphemy*” in the distinct subchapters, within the scope of Turkish High Court’s and ECHR’s judgements. It also examines offences in comparative law, the similar provisions and how the offences differs from other related offences stated in Turkish Penal Code. Besides, the elements of the offences are scrutinized in accordance with the general theory of crime.

Key words: Incitement, insult, publicity, certain parts of public, clear and present danger.



GİRİŞ

Toplumsal yaşam içerisinde, bir takım özelliklere sahip toplulukların yahut bu topluluklara üye olan kimselerin, söz konusu özellikleri nedeniyle bir suçun mağduru olmaları, heterojen bir toplumda ırk, din veya diğer özellikler temelinde, barışın ve vatandaşlar arasındaki eşitlik inancının ihlal edilmesine neden olmaktadır. Bu ise söz konusu topluluklar arasında bir taraf seçme şeklinde gerçekleşen kutuplaşmaları ortaya çıkarmaktadır¹. Bu nedenle, nefret suçu ve nefret söylemi olarak da isimlendirilen bu tip suçların failine, toplumsal barışın ve kamu düzeninin korunabilmesi için, ortaya çıkan ihlal ve zarar ile orantılı bir yaptırımın uygulaması gerektiği dile getirilmektedir².

Bu tür suçların işlenmesi ile öncelikli olarak suçun mağduru etkilenmektedir. Bir kere mağdurun, mağdur olmasına neden olan karakteristik özelliklerinin değişmesinin mümkün olmaması sebebiyle, gelecekte gerçekleşebilecek saldırı riskini minimize etmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle tekrar saldırıya uğramak tehlikesi altındadır. Bununla birlikte bu suçun mağdurları, kişi bağımsızlığı ve onurlarının zedelenmesi yanında depresyon, anksiyete, çaresizlik ya da tecrit edilmişlik gibi psikolojik sorunlarla karşı karşıyadır. Mağdurun dâhil olduğu grup açısından ise, bu grubu oluşturan kişiler, kendilerine de bu şekilde bir saldırı gerçekleşebileceği tehdidi ve korkusunu yaşarlar. Bununla birlikte, hedef grubun duyduğu korku, endişe ve öfke, onları, failerin dâhil olduklarını düşündükleri gruba yöneltmek suretiyle, kamusal bir zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir³.

¹ **LAWRENCE, Frederick, M.**, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, Michigan Law Review, Vol. 93, No. 2, Nov., 1994, s. 343, 345, 346, 347, 367., **PERRY, Barbara, BELL, James G.**, Outside Looking In: The Community Impacts of Anti-Lesbian, Gay, and Bisexual Hate Crime, Journal of Homosexuality, 62:98–120, 2015, 103, **LAWRENCE, Frederick, M.**, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, Notre Law Review, Vol. 68, Iss. 4, April, 2014, s. 698, **TOURKOKHORİTİ, Ioanna**, Should Hate Speech Be Protected? Group Defamation, Party Bans, Holocaust Denial And The Divide Between (France) Europe And The United States, Columbia Human Rights Review, Vol. 45, No. 2, 2014, s. 584, 596, **WALDRON, Jeremy**, Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, Harvard Law Review, Vol 123, s. 1614, **MORGAN, Glyn**, Mill's Liberalism, Security, and Group Defamation, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088405 (Erişim Tarihi: 14.05.2015), s. 8, 9, **SIMPSON, Robert, Mark**, Dignity, Harm and Hate Speech, Law and Philosophy, Vo. 32, Iss. 6, 2013, s. 707, **BUYSE, ANTOINE**, Word of Violence: "Fear Speech", or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, Human Rights Quarterly, Vol. 36, No. 4, November 2014, s. 781, 782.

² **ÖNER, Mehmet, Zülfü**, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, TBBD, Sayı: 116, 2015, s. 88.

³ **LAWRENCE, Frederick, M.**, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, Michigan Law Review, Vol. 93, No. 2, Nov., 1994, s. 343, 345, 346, 347, 367., **PERRY, Barbara, BELL, James G.**, Outside Looking In: The Community Impacts of Anti-Lesbian, Gay, and Bisexual Hate Crime, Journal of Homosexuality, 62:98–120, 2015, s. 103, **LAWRENCE, Frederick, M.**, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, Notre Law Review, Vol. 68, Iss. 4, April, 2014, s. 698, **TOURKOKHORİTİ, Ioanna**, Should Hate Speech Be Protected? Group Defamation, Party Bans, Holocaust Denial And The Divide Between (France) Europe And The United States, Columbia Human Rights Review, Vol. 45, No. 2, 2014, s. 584, 596, **WALDRON, Jeremy**, Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, Harvard Law Review, Vol 123, s. 1614, **MORGAN, Glyn**, Mill's Liberalism, Security, and Group Defamation, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088405 (Erişim Tarihi: 14.05.2015), s. 8, 9, **SIMPSON, Robert, Mark**, Dignity, Harm and Hate Speech, Law and Philosophy, Vol. 32, Iss.

Bu nedenle söz konusu ifade biçimlerinin cezalandırılması gerekliliğinin, güvenlik hakkı çerçevesinde düzenli bir toplumda olması gereken, eşitlik, insan onuru, adalet, şiddetten ve dışlanmadan korunma temel haklarından kaynaklandığını ifade etmek gerekmektedir. Zira bu tür fiiller, söz konusu kesim üzerinde toplumsal eşitlik, sosyal saygınlık, anayasal haklar ve insan hakları temelinde insan onuruna saldırı oluşturmaktadır⁴. Diğer yandan, nefret söyleminin (kin ve düşmanlığa tahrik/aşağılama) yaptırıma bağlanmasının sınırlandırılması, bir başka ifadeyle bu tür söylemlerin cezalandırılmasının fiziksel şiddete dayandırılması gerektiği de savunulmaktadır. Zira sınırlandırılmanın gerekçesinin, hedef kişi/topluluk üzerinde her an gerçekleşebilecek, son derece ciddi neticeler doğurma tehlikesine değil de, bu kişi/topluluğun duyduğu psikolojik-duygusal etkenlere bağlanması, birçok düşünceyi ifade şeklinin psikolojik ya da duygusal bir zarara sebebiyet verme ihtimali olması nedeniyle, oldukça belirsiz bir sınırlandırma alanının yaratılmasına sebebiyet vermektedir⁵.

5237 sayılı Kanun bakımından bu kapsamda değerlendirebileceğimiz suç tipleri, Kanun'un 216. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik, halkın bir kesimini alenen aşağılama ve dini değerleri alenen aşağılama suçlarıdır. 765 Sayılı TCK.'nda bu fiillerin karşılığı olabilecek hükümler, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik ve halkın bir kesimini alenen aşağılama suçları bakımından 312. maddede yer almıştır. Dini değerleri alenen aşağılama suçu bakımından ise, bu suçun tam karşılığı 765 sayılı Kanun'da bulunmamakla birlikte, 175. maddenin 3. fıkrası çalışmamız kapsamında değerlendirilebilecek hükümler içermektedir.

5237 Sayılı TCK bakımından söz konusu suçlar, Kanun'un "*Özel Hükümler*" kitabının "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının "*Kamu Barışına Karşı Suçlar*" başlıklı beşinci bölümünde ve 216. maddesinde "*Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama*" başlığı altında düzenlenmiştir. Tezimizde, 216. maddede yer alan üç suç tipine ilişkin hükümler, tüm yönleriyle değerlendirilecektir.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçuyla ilgili kavramlara, suçun tarihi gelişimine değinilmektedir. Ancak sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge kavramları, 216. maddenin birinci ve ikinci fıkraları

6, 2013, s. 707, **BUYSE, Antoine**, Word of Violence: "Fear Speech", or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, Human Rights Quarterly, Vol. 36, No. 4, November 2014, s. 781, 782.

⁴ **WALDRON**, s. 1610, 1612, 1626, 1627, 1646, 1653, **SIMPSON**, s. 713, 719, 720, **DANCHIN, Peter G.**, Defaming Muhammad: Dignity, Harm, and Incitement to Religious Hatred, Duke Forum For Law & Social Change, Vol.: 2:5, 2010, s. 17.

⁵ **MASSARO**, s. 229, 230.

açısından ve aleniyet, halk ve halk kesimi kavramları da her üç fıkra bakımından ortak kavramlar olduğundan, bunlara ilişkin açıklamalar birinci bölümde yapılmaktadır. 216. maddenin 1. fıkrasında yer verilmeyen fakat halkın bir kesimini alenen aşağılama (TCK m. 216/2) suçunda, tipikliğin bir unsuru olarak yer alan “*cinsiyet*” kavramı ise, konunun bütünlüğünün sağlanması bakımından, söz konusu kavramlarla birlikte birinci bölüm altında açıklanmaktadır. Diğer yandan, bu bölümde 216. maddede düzenlenen suçların nefret suçları ve nefret söylemiyle ilişkisi ve İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları kapsamında düşüncüyü ifade özgürlüğüne ilişkin genel açıklamalara değinilmektedir.

Birinci bölümde ayrıca, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçu bakımından mukayeseli hukuktaki düzenlemelere, suçun benzer düzenlemelerle olan ilişkisine ve korunan hukuki değere yer verilmekte, suçun unsurları ve özellikle bu kapsamda tahrik ve tahrik niteliğindeki fiiller açıklanmaya çalışılmaktadır. Suçun özel görünüş şekilleri de çalışma kapsamında incelenmektedir.

Tezimizin birinci bölümünde, önemle ve ayrıntılı bir şekilde üzerinde durduğumuz bir diğer konu, “*açık ve yakın tehlike teorisi*”dir. Bu nedenle bu başlık altında, ABD menşeli açık ve yakın tehlike teorisinin tarihi gelişimi, tarihsel süreç içerisinde Amerikan Mahkemeleri tarafından ne şekilde yorumlandığı ve günümüzdeki uygulanma şekli açıklanmakta, İHAM ve Yargıtay’ın da kin ve düşmanlığa yahut nefrete tahrike ilişkin davalardaki uygulama şekline değinilmektedir. Zira Türkiye, 28.01.1987 tarihinde Komisyon ve 12.12.1989 tarihinde de Divan’ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş olduğundan, “*açık ve yakın tehlike*” teorisi ile İHAM’nin bu tür davalarda sıklıkla kullandığı “*şiddete tahrik*” ve “*nefrete tahrik*” ölçütünü karşılaştırmak gereği hasıl olmuştur. Yargıtay uygulaması bakımından ise, bir ifade şeklinin “*kin ve düşmanlığa tahrik*” içerdiğinin kabul edilebilmesinin, o ifade şeklinin “*şiddet çağrısını içermesi ve bu çağrının etkin düzeyde gerçekleşmesi*” gerekliliği üzerine oturttuğu yorum şekli irdelenmektedir. Zira nefret söylemi bakımından İHAM’nin önüne gelen her davada “*şiddete tahrik*” şartını aramamaktadır. İHAM’nin genel olarak kullandığı ölçüt bu olmakla birlikte, belli ağırlıktaki ifadeleri, 17. madde kapsamında değerlendirmekte ve 10. madde kapsamında korumamaktadır⁶.

Tezimizin birinci bölümünde ayrıca, kin ve düşmanlığa tahrik yahut nefrete tahrik niteliğindeki Türkiye’ye ilişkin davalarda, İHAM’nin düşüncüyü ifade özgürlüğünü ne şekilde

⁶ MCGONAGLE, s. 11, TOURKOCORİTİ, 572.

yorumladığı hakkında bilgi verilmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, 5237 Sayılı TCK.’nın 216. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Halkın Bir Kesimini Alenen Aşağılama*” ile 3. fıkrasında yer alan “*Dini Değerleri Alenen Aşağılama*” suçları, ayrı alt kısımlarda incelenmektedir. Bu kapsamda her bir suç tipinin tarihi gelişimi, bu suçlarla korunan hukuki değer, suçun maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılığı izah edilmektedir. Ayrıca söz konusu suç tiplerinin mukayeseli hukuktaki durumuna değinilmekte ve benzer düzenlemelerle olan ilişkisi anlatılmaktadır. Suçların özel görünüş şekilleri de çalışma kapsamında incelenmektedir.

“*Aşağılama*”, her iki suç tipi bakımından da suç teşkil eden fiil olduğundan, söz konusu fiile ilişkin genel açıklamalar, 216. maddenin 2. fıkrası kapsamında ve maddi unsurlardan fiil başlığı altında yapılmaktadır. Halkın bir kesimini alenen aşağılama ve dini değerleri alenen aşağılama suçlarına ilişkin açıklamalar ve özellikle İHAM’nin bu konulara ilişkin önüne gelen davalarda ne şekilde bir yorum tarzını benimsediği ise, her bir suç tipi açısından ayrı ayrı incelenmektedir. Benzer şekilde, gerek halkın bir kesimini gerek ise dini değerleri alenen aşağılama suçları bakımından, İHAM’nin düşünceyi ifade özgürlüğünü yorumlama şekli, her suç bakımından ayrıca irdelenmektedir.

Tezimizin ikinci bölümünde ve “*Dini Değerleri Alenen Aşağılama*” suçu kapsamında üzerinde durduğumuz bir diğer konu, korunan hukuki değer başlığı altında “*din özgürlüğü*”dür. Zira söz konusu suç tipiyle bir yandan kamu barışının ve diğer yandan din özgürlüğünün korunduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle, dini değerlere yönelen aşağılama niteliğindeki fiiller ile din özgürlüğü arasında bir ilişki olup olmadığı yahut böyle bir ilişki var ise ne şekilde oluştuğunun açıklanması gerekmektedir.

Bir diğer husus, “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik*” suçunda, failin cezalandırılmasının “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartına bağlanmışken, “*Halkın Bir Kesimini Alenen Aşağılama*” suçunda bu nitelikte bir şarta yer verilmemiş olması ve “*Dini Değerleri Alenen Aşağılama*” suçu bakımından ise, “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresine yer verilmiş olmasıdır. Bu kapsamda ikinci bölümde, kanun koyucunun 216. maddenin 3. fıkrası bakımından, 1. fıkrada olduğu gibi bir objektif cezalandırılabilme şartına mı yoksa fiilin elverişliliğine ilişkin bir düzenleme mi yaptığı tartışılmaktadır. Bu bölümde ayrıca, “*dini değerler*” kavramına açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

Sonuç kısmında ise konunun genel hatlarıyla değerlendirilmesi ve halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik, halkın bir kesimini alenen aşağılama ve dini değerleri alenen aşağılama suçlarıyla daha etkin bir mücadele için yapılması gerekenlere ilişkin görüşlerimiz yer almaktadır. Ayrıca suç tipinin getirdiği yeniliklere ve eleştirilere değinilerek, suç tipi ile ilgili teori ve uygulamada karşılaşılan sorunlar ve tartışmalı bölümler kendi fikirlerimiz ile gerekçeli bir şekilde ifade edilerek konu aydınlatılmaya çalışılmaktadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

HALKI KİN ve DÜŞMANLIĞA ALENEN TAHRİK SUÇU (TCK m. 216/1)

I. SUÇ TİPİNİN TARİHİ GELİŞİMİ ve GENEL AÇIKLAMALAR

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, 5237 sayılı TCK'nun "Özel Hükümler" kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Kamu Barışına Karşı Suçlar" adlı beşinci bölümünde ve "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama" başlıklı 216. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.

TCK'nun 216. maddesi üç fıkradan oluşmakta olup, birinci fıkrasında "Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik", ikinci fıkrasında "Halkın Belli Bir Kesimini Alenen Aşağılama" ve üçüncü fıkrasında ise "Dini Değerleri Alenen Aşağılama" suçları düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

"(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, ilk defa 1926 yılında, 765 sayılı TCK'nun ikinci kitabının "Ammenin Nizamı Aleyhine Cürümler" isimli beşinci babının birinci faslında ve 312. maddesinde "Kanunun cürüm addettiği bir fiili alenen medih ve istihsan eden ve halkı âdemi itaate tahrik veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezai nakdiye mahkûm olur." şeklinde düzenlenmişti⁷.

⁷ 13.03.1926 tarihli Resmi Gazete, CİHAN, Erol, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), İÜHFİM, XL, S. 1-4, İstanbul, 1974, s. 97, GÖKCEN, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s. 41.

Söz konusu hüküm, 09.07.1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişikliğe uğramış ve “*Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanunlara itaatsizliğe veya cemiyetin muhtelif sınıflarını umurun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse, üç aydan bir seneye kadar hapis ve elli liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.*

Yukarıdaki fıkra yazılı suçları neşir yolu ile işleyenlere verilecek ceza bir misli artırılır.” şeklinde düzenlenmişti⁸.

Görüldüğü üzere, gerek 1926 yılındaki düzenleme ve gerek ise 1953 yılında yapılan değişiklikle ortaya çıkan düzenleme, “*cürüm fiilini övme*”, “*kanunlara itaatsizliğe tahrik*” ve “*halkı kin ve adavete tahrik*” suçlarına tek bir madde ve fıkra içerisinde yer vermiştir.

İlk hükümle 1953 yılında değiştirilen hüküm arasında, suçun unsurlarına ilişkin esaslı bir değişiklik olmamakla birlikte, değişikliğe uğrayan metnin Türkçeleştirildiği görülmektedir. Nitekim “*medih ve istihsan eden*” kavramları yerine “*öven veya iyi gördüğünü söyleyen*” kavramları, “*alenen*” terimi yerine “*açıkça*” terimi ikame edilmiştir. Diğer yandan, 1926 düzenlemesinde yer alan “ve” bağlaçları “veya” olarak değiştirilmiştir⁹.

İnceleme konumuz bakımından ise, “*cemiyetin muhtelif sınıflarını, umurun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezai nakdiye mahkûm olur*” hükmü, fiil karşılığında öngörülen ceza bakımından bir değişikliğe uğrayarak, cezanın alt sınırı üç ay olarak belirlenmiştir.

07.01.1981 Tarih ve 2370 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile yapılan değişiklikle ise madde, “*Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi göründüğünü söyleyen veya halkı kanunsuzluğa tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve iki bin liradan beş bin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.*

Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin liradan on iki bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Bu tahrik, umurun emniyeti için tehlikeli

⁸ 15.07.1953 Tarih ve 8458 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, (Erişim Tarihi: 05.01.2016).

⁹ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 42.

olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde, faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311. maddenin 2. fıkrasında¹⁰ sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar, bir misli arttırılır.” şeklinde değiştirilmiştir¹¹.

Söz konusu değişiklikle madde üç fıkra halinde düzenlenmiş, “cürüm fiilini övme” ve “kanunlara itaatsizliğe tahrik” maddenin birinci fıkrasında ve “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” ise, ikinci fıkrasında yer almıştır.

Konumuza ilişkin olarak ise, 1981 yılında yapılan değişiklikle madde metnindeki “cemiyyetin muhtelif sınıfları” ibaresi, “halkın sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı” gözetilerek kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi olarak değiştirilmiştir. Diğer yandan “kin ve adavete tahrik” yerine “kin ve düşmanlığa tahrik” fiili ikame edilmiştir.

Bir diğer önemli değişiklik, 1926 ve 1953 tarihli Kanunlarda, suçun oluşması için failin kin ve adavete tahrik fiilini, “umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda” işlemesi aranmaktayken, 1981 yılında yapılan değişiklikle “Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek” yeterli görülmüş olmasıdır. Diğer yandan tahrikin, “umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması” ise, suçun cezasını artıran nitelikli hali olarak düzenlenmiştir¹².

06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanun ile inceleme konumuza ilişkin suç tipi, “Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklinde düzenlenerek, suçun temel şekli tekrar somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Ancak bu sefer, tahrik fiilinin “umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda” işlenmesi yerine, “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde” işlenmesine yer verilmiştir.

Son olarak, inceleme konumuza ilişkin suç tipi, 5237 sayılı TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında, “Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya

¹⁰ 765 sayılı TCK’nun 311. maddesinin 2. fıkrasına göre, “tahrik, gazete veya mecmua ile veya sair tabi aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan ve dağıtılan yazılar ile ve umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa... suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli arttırılır.”

¹¹ 10.01.1981 Tarih ve 17216 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.01.2016), **YENİSEY, Feridun**, Türk Ceza Hukukunun 24 Yılı: 1960-1984, İÜHF, Cilt: 50, Sayı: 1-4, 1984, s. 310.

¹² **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 212.

çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Böylece, suç tipi bakımından alenen tahrikin “*kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde*” işlenmesi yönündeki düzenleme, tahrikin cezalandırılmasının “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartına bağlanarak, suçun somut tehlike suçu olma özelliği muhafaza edilmiştir. Diğer yandan suç karşılığında öngörülen yaptırım ve mağdur olarak belirlenen halk kesimi değişmemiş, TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında da suçun oluşması, alenen tahrikin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip halk kesimleri arasında gerçekleşmesine bağlı kılınmıştır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun yaptırımı, 2002 yılında yapılan değişikliğe değin, hapis cezası ile birlikte para cezası olarak öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK’da ise, gerek suçun temel ve gerek ise nitelikli hali, hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından işlenen fiilin tipik sayılabilmesi için, alenen tahrikin, din farklılığı gözetilerek işlenmesi bakımından farklı dinlere mensup, ırk farklılığı gözetilerek işlenmesi bakımından farklı ırklara mensup, sınıf farklılığı gözetilerek işlenmesi bakımından farklı sınıflara mensup, mezhep farklılığı gözetilerek işlenmesi bakımından farklı mezheplere mensup ve bölge farklılığı gözetilerek işlenmesi bakımından ise, farklı bölgelere mensup halk kesimlerini birbirine karşı kin ve düşmanlığa sevk edecek şekilde yapılması gerekir.¹³. Bu nedenle aynı din, ırk, sınıf, mezhep yahut bölge özelliklerine sahip halk kesimlerinin birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi halinde fiil, TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrası bakımından tipik olmayacaktır. Aksi bir yorum şekli ise, TCK’nun 2. maddesinde düzenleme alanı bulan “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

Diğer yandan, suçun oluşması, madde kapsamında tahdidi olarak sayılan özelliklere sahip halk kesimleri arasında kin ve düşmanlığa tahrik fiilinin işlenmesini gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ya da bölge farklılığı gözetmeden farklı düşüncelere ya da ideolojilere mensup muayyen kimselerin birbirine karşı tahrik edilmesi, inceleme konusu suç tipini oluşturmaz. Birbirlerine karşı tahrik edilen grupların, halk kesimleri olması gerekmektedir. Eğer halkın bir kesimi, bazı kurum

¹³ ARTUK, Mehmet, Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 737.

ve kuruluşlara, devlet tüzel kişiliğine yahut madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimlerinden birine mensup, muayyen bir kimseye karşı tahrik ediliyorsa, fiil yine tipik olmayacaktır¹⁴.

Suçun oluşması bakımından bir diğer husus, tahrik fiilinin aleni olarak gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Zira ileride daha ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere, kanun koyucu aleniyeti bu suçta, suçun unsuru olarak öngörmüştür. Bu kapsamda madde metninde suç teşkil eden fiil, “*tahrik*” değil, “*alenen tahrik*” olarak belirlenmiştir.

Diğer yandan, suçun oluşması bakımından, halk kesimlerinin birbirlerine karşı “*kin ve düşmanlığa*” tahrik edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, suçun oluşması için tahrik edilen halk kesimlerinin hem kine ve hem de düşmanlığa tahrik edilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bununla birlikte, “*şiddete tahrik*”in de madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmekte, hatta Yargıtay, suçun oluşmasının “*şiddete tahrik*” içermesine bağlı olduğu yönünde görüşler bildirmektedir. Söz konusu tartışmalı hususlara, ilgili bölümlerde ayrıntılı bir biçimde değinilecek olmakla birlikte, burada altını çizmek istediğimiz husus, fiilin tipik olmasının tahrikin “*şiddet*” içermesine bağlı olmadığıdır. Bu nedenle, şiddet tahriki içermeyen ve fakat kin ve düşmanlığa tahrik kapsamında değerlendirilebilecek fiiller de TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında tipik sayılabilecektir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Genel Açıklamalar

765 sayılı TCK’nun 312. maddesinin 2. fıkrasında suç tipi olarak öngörülmüş olan halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik cürmü, Kanun’un 5. babında, “*Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler*” başlığı altında düzenlenmişti. 1958 tarihli TCK ön tasarısında fiil, “*Amme Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler*” başlıklı 5. babta ve 307. maddede, 1987 (m. 248/2) ve 1989 ön tasarıları (m. 284/72), 1997 tasarısı (m. 289/2-4) ve 2000 tasarısında (m. 292/2) “*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu anlamda, 765 sayılı TCK açısından, halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik cürmü ile kamu düzeni korunmak istenmiştir¹⁵.

¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 737, 738.

¹⁵ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 61, YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015)

5237 sayılı TCK bakımından ise, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu, Kanun'un 216. maddesinde ve “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir. 216. maddenin 1. fıkrasında suç olarak düzenlenen fiilin cezalandırılabilmesi, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin*” oluşması şartına bağlanmışken, aynı maddenin 3. fıkrasında, “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” aranmıştır. Bu anlamda, suç ile korunmak istenen hukuki değer, ilk bakışta kamu barışı olduğunu ifade etmek mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'nun, söz konusu suç tipini düzenlenmesiyle korunmak istediği hukuki değer farklılık arz ediyor gibi görünse de aşağıda değineceğimiz üzere, kamu düzeni kavramı, kamu barışının bir parçası olup, kamu düzeninin sağlanamadığı hallerde kamu barışının da sağlanması mümkün görünmemektedir. Bu anlamda her iki kanun döneminde, korunan hukuki değer bakımından esaslı bir değişikliğin olmadığını ifade etmek mümkündür. Zira işlenen her suç genel manada kamu düzenini bozar niteliği haiz olmakla birlikte, kişi ya da toplulukların hak ve özgürlüklerinin hukukun güvencesi altında olduğu yönündeki olumlu duyguya da zarar vermektedir.

B. Kamu Düzeni

Kamu düzeni sözlükte, bütün toplumu ilgilendiren düzen olarak tanımlanmıştır. Düzen kavramı ise, belli yöntem, ilke veya yasalara göre kurulmuş olan durum, uyum, nizam, sistem, tertip ya da bir devletin belli başlı ilkeleri bakımından yönetimde tuttuğu yol, yönetim biçimi, rejim olarak ifade edilmiştir¹⁶.

Kamu düzeni kavramı, müphem ve muhtevasının belirlenmesi zor bir kavram olmakla birlikte, toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kargaşanın hüküm sürmemesi aksine belli bir düzenliliğin hüküm sürmesi ve barışın hâkim olması şeklinde ifade edilmiştir¹⁷. Ayrıca, kamu düzeni doktrinde, toplumun dış ve maddi düzeni olarak tanımlanmış, bireysel veya özel çıkarlara dayalı bulunan bir düzenin kamu düzeniyle ilgisinin olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre kamu düzeninin, umumi ya da umuma açık

¹⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

¹⁷ **TANÖR, Bülent**, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, 1969, s. 139, **ERDEM, Fazıl, Hüsnü**, Tck'nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni, AÜHFD Cilt:52, Sayı: 1, 2003, s. 32.

yerlerde, bireylerin güvenlik, dirlik ve esenlik içinde aynı zamanda da sağlıklı olarak yaşamalarını ifade ettiği belirtilmiştir¹⁸.

Bu anlamda kamu düzeni kavramının kapsamı genel olarak kabul edildiği üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, kamu esenliği (kamu dirlik ve düzeni veya kamunun maddi düzeni), kamu güvenliği, kamu sağlığıdır¹⁹.

Kamu düzeninin, kamu yararı ile aynı olduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre kamu düzeni, toplumun hayatı ve vazgeçilmez yararını ifade etmektedir²⁰.

Kamu yararı kavramı, oldukça kapsamlı bir kavramdır. Bu kapsamlı ve çok işlevli yapısına karşın, kamu yararı kavramının içeriği, konusu ya da maddesi belirsizdir. Bu nedenle de kavramın tanımı, biçimi açısından yapılmakta ve genel olarak yasaların kamu yararına yönelik olduğu varsayımı kabul edilmektedir. Kamu yararı kavramının özü itibariyle ortaya çıkan esnek yapısı bakımından ise, kavramın belli bir kalıba sokulmak suretiyle tanımlanmasından ziyade her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır²¹. Kamu yararı, özel menfaatlerin zıddı olarak görülmekle birlikte, bu, fert ya da grupların yararlarına tamamen ilgisiz kalınması ve bu anlamda ferdin ya da grubun haklarının ortadan kaldırıldığı, ne olursa olsun ortak yararın korunduğu bir yarar anlayışı olarak ortaya çıkmamaktadır. Şu halde kamu yararı, değişik sosyal menfaatler arasında bir dengenin kurulması olarak anlaşılmaktadır²².

¹⁸ GÜNDAĞ, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 290.

¹⁹ TANÖR, s. 133, KABOĞLU, İbrahim, Ö., Din Özgürlüğü, AÜSBFD, Yıl: 1991, Sayı: 46, Cilt: 1, s. 269. ATAKAN, Arda, Kamu Düzeni Kavramı, MÜHFHAD, Cilt: 13, Sayı: 1-2, Yıl: 2007, s. 69, Kamu esenliği, bireylerin, günün her saatinde ve her yerde gürültü, koku, toz, duman ve benzeri nitelikteki olumsuz dış etkenlere maruz kalmamaları ve bu yönde bir rahatsızlık yaşamamaları, kamu sağlığı ise, toplulukların bulaıcı ve salgın hastalıklardan korunması, toplumun sağlık koşulları içinde tutulması olarak tanımlanmıştır. KABOĞLU, Din Özgürlüğü, s. 269.

Bir diğer görüşe göre, kamu huzuru ya da sükûnu olarak da ifade edilen kamu dirlik ve esenliği, aşırı gürültü ya da dolaşım güçlüklerinin giderilmesi, daha büyük ölçekte ise isyan, ihtilal, komplo ve her türlü şiddet hali gibi toplum halinde yaşamının getirdiği bazı sakıncaları aşan nitelikteki rahatsızlıkların, düzen bozukluklarının önlenmesi ya da giderilmesi olarak tanımlanmıştır. Şu halde, kamu dirlik ve esenliği, toplumsal yaşantı içerisinde düzensizliğin ya da karışıklığın olmaması ya da karışıklık halinin aksi olan fiili hal olarak ifade edilmiştir. TANÖR, s. 138, 139,

Söz konusu bu asgari şartların sağlanmasını, kamu düzeninin gerçek anlamda meydana gelmesi bakımından yetersiz bulan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre kamu düzeni, düzensizliğin kökeni ile ilgili bir mevzu olup, siyasal, iktisadi, manevi, ahlaki ve sanat düzeninin sağlanmasıyla ilişkili bir kavramdır. BAYRAKTAR, s. 93.

²⁰ BAYRAKTAR, s. 93.

²¹ AKILLIOĞLU, Tekin, Kamu Yararı Üzerine Düşünceler, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 11.

²² TANÖR, s. 133.,

Anayasa Mahkemesi'ne göre de "Kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak yasa kuralı konulamaz." Any.Mah. 2011/65 E., 2013/49 K., 28.03.2013. Benzer tanımlar için bkz. Any.Mah. 2013/72 E., 2013/126 K., 31.10.2013, 2011/123 E., 2013/26 K., 06.02.2013. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-15.htm>, (Erişim Tarihi: 02.11.2016)

Kamu yararının sağlanmasının önemli bir bölümünün, kamu düzeninin sağlanması, huzur ve sükûnun, güvenliğin ve sağlığın korunması olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda, kamu yararı ile kamu düzeni kavramları arasında yakın bir ilişki olsa da aralarında önemli farkların olduğunun da ifade edilmesi gerekmektedir. Zira kamu yararı, kamu düzeni kavramından çok daha geniş bir kavram olup, tarımsal ve sınai gelişmelerin sağlanmasından fiyat kontrolünün gerçekleştirilmesine, konut probleminin çoğunluk yararına çözümlenmesinden, çalışan, aile, kadın ve çocuğun korunmasına, haksız rekabeti önleyici tedbirlere ya da seçim güvenliğinin sağlanmasına kadar bütün kanun ve kuralların ortak amacı olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu düzeni ise, salt toplumun maddi ve fizik düzeninin korunmasıyla ilgilidir²³.

Kamu düzenini, toplumun temel kuralları ve hukuk düzeni ile açıklayan yazarlar da bulunmakla birlikte²⁴, kavram temel olarak geniş ve dar anlamlı olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Geniş anlamıyla kamu düzeni, devlet kuruluşu içindeki organlar, idari teşkilatlar, yargı organları, toplumdaki iktisadi, sosyal ve kültürel kurumlar gibi toplumdaki kurumları, bunlar arasındaki ilişkileri, toplumsal kuruluşlarla kişiler arasındaki ve kişilerin karşılıklı ilişkilerini, toplumun yaşayışını, gelişmesini sağlayan yasal kuralları, sosyal norm ve değerleri içine almaktadır. Bu anlamda, temel yapısı kurulmuş, yasaları saptanmış ve bireyler arasındaki ilişkiler belirli ilkelere bağlanmış toplumlar, gerek düzenli bir biçimde kurulmaları ve gerek ise kuruluşlar- bireyler arasındaki ilişkilerin uyumlu olması kapsamında kamu düzenine sahiptirler. Kavramın bu açıdan ele alınması ise, kamu esenliği, kamu güvenliği, kamu sağlığının yanında, kamu yararı ilkesi, toplumun temel kuralları ve hukuk düzeninin de kamu düzeni içerisinde yer alması anlamına gelmektedir. Dar anlamda kamu düzeni ise, kamu esenliği, kamu güvenliği ve kamu sağlığının sağlanması suretiyle, toplum hayatının düzenli gidişini, vatandaşlar arasındaki uyum ve barışçıl ilişkilerin, sonuç olarak toplumda sulh ve sükûnun (kamu barışı) varlığını ifade etmektedir²⁵.

Ancak yine de kamu düzeni kavramının, ülkeye, zamana, siyasal duruma, ahlaka, geleneklere göre nisbi bir özellik taşıdığını ifade etmek mümkündür. Zira söz konusu etkiler altında kamu düzeni kavramının kapsamı, genişlemekte veya daralmakta, sürekli bir

²³ TANÖR, s. 133.

²⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. BAYRAKTAR, s. 94, 95.

²⁵ BAYRAKTAR, s. 96-98.

değişime uğramaktadır. Kamu düzeni, özellikle siyasal rejim, iktidar yahut hükümetin ülkeyi yönetim biçimine göre değişmekte ve bu yönden siyasal yönetimin bir aracı olmaktadır²⁶.

Kamu düzeni, farklı hukuk dalları bakımından farklı kapsamlarda ele alınan bir kavramdır²⁷. Ceza hukuku bakımından ise, kanun koyucunun, bir fiili ancak kamu düzenini bozmuş olması nedeniyle cezalandırdığını, zira suç olarak tespit edilen bütün fiillerin, kamu düzenini bozduğunun kabul edildiğini söylemek mümkündür²⁸. Bu kapsamda kamu düzeni ile suç arasındaki ilişki, suçun işlenmesiyle bir zararın meydana gelmesi bu nedenle toplumdaki birlik ve güvenlik düşüncesinin de ihlale uğramasıyla kurulmaktadır. Zira suçla korunan hukuki değer, kamu düzenini oluşturan unsurlardan birini oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, korunan hukuki değer, kamu düzeninin özel bir durumunu teşkil ettiğinden, suç ile bir hukuki değer ihlal edildiğinde kamu düzeni dolaylı olarak zarara uğramaktadır. Söz konusu ihlalin dolaylı olarak değil de doğrudan, bir başka ifadeyle bir suçun işlenmesi aracılığıyla değil, toplumsal bir kargaşanın oluşturulması şeklinde ortaya çıktığı hallerde ise, kamu düzeni aleyhine işlenen suçlarla karşılaşmaktadır²⁹. Bu kapsamda örneğin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda, fail

²⁶ BAYRAKTAR, s. 90, KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 242.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Kamu düzeni deyiminin, toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır." Any.Mah., 1963/193 E., 1964/9 K. 28.1.1964, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_der_gisi/kd_02.pdf, (Erişim Tarihi:03.11.2016)

Yargıtay'a göre ise, "5237 sayılı TCK.nun 216/1. madde ve fıkrasında ise, önceki yasada yer alan 'kamu düzeni' kavramı 'kamu güvenliği' şeklini almıştır. Kamu güvenliği, kamu düzeninin alt kategorisidir. Kamu düzeni, içeriği itibari ile değişken ve nispi olmasına karşın, yine de değişmeyen bir öz'ü içinde taşır. Bu da toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, belli bir düzenliliğin, barışın bulunması ve bu haliyle de kamu huzuru-kamu güvenliği ve kamu sağlığını içermesidir. Toplumda düzensizlik ve karışıklığın bulunmaması ve yaşamın normal, doğal akışı içinde geçtiğini belirtmek için, 'kamu düzeni' kavramı kullanılır. Kamu düzenini bozan eylemlerin ülke yönünden bütünsellik ve devamlılık göstermesi durumunda kamu güvenliği ile karşı karşıya geliriz. Kamu düzeni toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bir bütünüdür. Başka bir deyişle kamu düzenine karşı işlenen cürümler kamu huzur ve güvenliğini tehlikeye koyabilen suçlardandır... Kamu düzeni kavramı da toplumlara ve ülkelere ve onların yapılarına göre değişiklik gösterebilir. Milletlerin sosyal ve psikolojik şartları daima birbirinin aynı değildir. İşte burada devletlerin takdir marjı karşımıza çıkar. Devletler bunun biçimlendirilmesinde toplumsal yapılarının yanında, tarihsel geçmişlerini de gözetmek durumundadırlar. Her toplumun, kamu düzeninin korunması için farklı tedbirleri gerektiren özellikleri ve gerçekleri vardır". YCGK, 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, 8.CD, 2007/5222 E., 2007/5583 K. 12.7.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016)

²⁷ Örneğin, devletler özel hukukunun doğası gereği, bu kapsam sosyal, siyasi veya ekonomik düzene ilişkin temel prensipler ve bireylerin hukuki statüleri ile bireyler arası hukuki ilişkiler olmakla birlikte, bireyin günlük yaşamı içinde karşılaşılabileceği önemli tehlikelere karşı korunmasına ilişkin emredici nitelikteki hukuk kuralları, bireylerin can ve mal güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hükümler, emniyet ve asayişe ilişkin yasa hükümleri, devletler özel hukukunun kapsamına girmezler. Zira bu olgulara ilişkin kurallar, idare hukuku veya ceza hukukunun kamu düzeni kapsamı içine girmektedir. ATAKAN, s. 69.

²⁸ ZAFER, Hamide, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/4075>, (Erişim Tarihi: 07.11.2013), s. 7

²⁹ BAYRAKTAR, s. 100.

çeşitli halk kesimleri arasında kin ve düşmanlığa çağrıda bulunmak suretiyle, kamu düzenini, toplumun huzur ve güvenliğini bozduğu gibi, kişilerin güvenlik duygularının da sarsılmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda söz konusu tahrik, dar anlamdaki kamu düzenini ve daha geniş ölçekte kamu barışını ihlal etmekte, bu fiilin cezalandırılması, düzeni sağlayıcı unsurlardan birini teşkil etmektedir³⁰.

Şu halde, kamu düzeninin ağır ihlallerle bozulduğu ya da ortadan kaldırıldığı ve diğer hukuk dallarına ilişkin yolların kamu düzeninin sağlanmasında yetersiz kaldığı hallerde, ceza hukuku araçlarının son çare olarak kullanılması söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda, ceza hukuku bakımından kamu düzeninin sağlanmasından maksat, kişilerin hayat, vücut bütünlüğü, şeref ve saygınlığı, hürriyeti, cinsel dokunulmazlığı vs. gibi haklarına karşı gerçekleştirilen saldırıların ya da ihlallerin yahut TCK'nun 216. maddesinde olduğu gibi, halk kesimleri arasında yaratılmak istenen düşmanlık neticesinde, heterojen bir toplumda olması gereken, eşitlik veya güvenlik haklarının ihlalinin, yaptırımlar yoluyla önlenmesi anlaşılmaktadır.

C. Kamu Barışı

Barış kavramı sözlükte, uyum, karşılıklı anlayış ve hoşgörü ile oluşturulan ortam olarak tanımlanmıştır³¹.

Kamu barışı ise, toplumu oluşturan bireylerde, hem genel hukuk güvenliğine hem de kamu güvenliğine ilişkin oluşan olumlu duygu olarak ifade edilmiştir. Bunun yanında bireylerde, hukuk düzeninin koruması altında yaşadıklarına dair bir duygunun olması da kamu barışı kapsamında değerlendirilmiştir³².

Kamu barışını, bireyler arasındaki ilişkilerde hukukun egemen olduğu toplum düzeni olarak tanımlayan yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre kamu barışı kavramı, kamu güvenliği kavramından daha geniş ve kamu düzeni kavramından ise daha dar bir manaya sahip olup, barış ve huzur esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşanıldığına dair duygunun kamu barışı kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir³³. Diğer

³⁰ BAYRAKTAR, s. 101.

³¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

³² GÖKCEN, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s. 69.

³³ YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, e-kitap, 2012, s. 8, HUSTER, Stefan, "Auschwitz Yalanı'nın Yasaklanması, Düşünce Özgürlüğü ve Federal Anayasa Mahkemesi, Çev. AYDIN, Öykü, Didem, HÜHFD, Cilt:1, Sayı: 1, 2011, s. 128, JOECKS/MIEBACH, s. 655, GÖKCEN, Ahmet, Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222), www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc, (Erişim Tarihi: 14.08.2015), s. 1

yandan, kamu düzeni ile kamu barışının eş anlamlı olduğunu, zira toplum hayatının düzenli gidişinin, toplumsal sulh ve sükûnu sağlamak suretiyle kamusal barışı meydana getirdiğini ifade eden yazarlar da vardır³⁴.

Kanaatimizce kamu barışı, toplumu oluşturan bireylerin, birbirlerine duydukları karşılıklı anlayış ve hoşgörünün de ötesinde, birbirlerine duymaları gereken tahammülü ifade eden³⁵ böylece, toplumsal ahengin hukuk kuralları aracılığıyla sağlandığı yönünde birey ya da topluluklara hâkim olan duygu, sükûnet ortamı olarak tanımlanabilir. Bu anlamda kamu barışı, toplumsal yaşantı içerisinde var olan bir takım ortak özelliklerin uyum içerisinde devamının sağlanmasının da ötesinde, farklı özelliklere tahammül edilmesi gerekliliğinde kendini gösteren bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Zira kamu barışını salt uyum ve hoşgörü temelinde tanımlamak, her uyumsuz davranış ya da fiilin, toplumsal ahengi bozabileceğini kabul etmek anlamına gelecektir.

Bu özelliği ile kamu barışı, dar anlamı bakımından kamu düzeninden daha geniş ve onu da kapsamına alan bir anlama sahip olmaktadır. Zira kamu barışı, toplumda var olan kişi ya da toplulukların hem genel hukuk güvenliğine hem de kamu güvenliğine ilişkin oluşan olumlu duygularını da ihtiva etmektedir. Oysa ceza hukuku kapsamında kamu düzeni, ideal/soyutu ifade eden bu duygudan da öte, toplumun maddi ve fiziki bir anlamda somut düzenini ifade etmektedir. Kanun koyucunun bu anlamda TCK'nun 216. maddesinin de içerisinde bulunduğu tahrik suçlarını “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlemesinin sebebi, bu suçların mağdur, işleniş şekilleri ve toplum üzerindeki etkisi bakımından arz ettiği özellikler bakımından doğrudan kamu düzenini bozmaları nedeniyle, barış ortamını ihlal etmeleridir. Bu anlamda TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasında korunan hukuki değer, kamu barışıyla birlikte, madde metninde sayılan halk kesimlerinin, kendilerine karşı suç işlenmesi tehdidinde maruz kalmalarının engellenmesidir³⁶. Suçun konusu ise, kamu güvenliği, daha geniş anlamda ise, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike oluşturacak boyutta kamu düzeninin bozulma olasılığıdır.

³⁴ BAYRAKTAR, s. 97, 98.

³⁵ Zira “farklı olanı hoş görme kararı, genellikle, hoş görülen davranışın zararsızlığına, denetim altına almanın faydasızlığına ve farklılık ve bireysel tercihin olumlu avantajlarına dayanır. Böylece herhangi bir hoşgörü ilkesi, bizim karşı olduğumuz bir ifadenin belli ölçüde hoş görülmesini gerektirir. Bu ölçüye kadar olan bir hoşgörü, ifade özgürlüğü problemlerine de uyar. Ancak, eğer biz özgür ifadeyi bağımsız bir ilke olarak göz önüne alıyorsak, bu durumda ifadenin hoş görülme gerekçesi, genelde hoşgörüye ilişkin tezlerden farklı olmak zorundadır.” SCHAUER, Frederick, İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme, Çev. SEÇİLMİŞOĞLU, M. Bahattin, Cambridge Üniversitesi Matbaası, 1982. (Çalışmada, sayfalar numaralandırılmamıştır. Alıntı, 11. dipnotun bulunduğu sayfadan yapılmıştır.)

³⁶ ÖZGENÇ, İzzet, “Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku”, 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998, s. 188.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fiil

a. Genel Açıklamalar

Bilindiği üzere, ceza hukuku terminolojisinde fiil, dış dünyada değişiklik yaratan iradi insan davranışları olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı gibi ceza hukuku bakımından fiil, suçun dinamik unsuru olup, belirli bir amaca yönelen, kişinin istek ve iradesine bağlı olan, dış dünyada bir etki doğuran ve icrai yahut ihmali şekilde ortaya çıkan insan davranışlarıdır. Bu kapsamda, hayvan hareketleri, doğa olayları gibi insandan kaynaklanmayan yahut doğal ve toplumsal çevrede etki doğurmeyen veya değişiklik yaratmayan insan davranışları, ceza hukukunun ilgi alanı dışındadır. Bu anlamda fiilin ceza hukukundaki temel fonksiyonunun, ceza hukuku bakımından önem taşıyan her davranış şeklini kapsaması ve aynı zamanda suçun diğer unsurlarına temel teşkil etmesi olduğu söylenebilir³⁷.

Bu cümleden olarak, TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasında, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimsenin cezalandırılacağı düzenlenmek suretiyle, dış dünyada değişiklik yaratan iradi insan davranışının, bir diğer ifadeyle suç teşkil eden fiilin, “*alenen tahrik*” olarak belirlenmiş olduğunu ifade etmek mümkündür.

Diğer yandan, suçların, fiilin niteliğine göre değişik şekillerde tasnif edildiğini³⁸ ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da bu kapsamda çeşitli özellikler arz ettiği söylenmelidir. Nitekim fiilin sayısına göre suçlar, tek hareketli ve birden fazla hareketli suçlar olarak tasnif edilmekteyken, fiilin şekline ya da türüne göre, icrai, ihmali ve ihmal suretiyle icrai suçlar olarak kategorize edilmektedir. Diğer yandan fiilin önemine göre suçlar, serbest hareketli ve bağlı hareketli olarak ayrılmaktayken, fiilin icrasının veya neticenin devam edip etmemesine göre ani ve mütemadi suçlar olarak tasnife tabi

³⁷ DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, Filiz Kitabevi, 9. Bası, İstanbul, 1985, s. 356, KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 8, 12, EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet, ARTUK, Mehmet, Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 255, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 215, 216, CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 222, 223.

³⁸ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s. 360, 364-366, 373, KUNTER, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 53, 54, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 234-250, CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 239-246, ZAHER, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 2015, s. 190, 201, 216, 217. HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 163-175.

tutulabilmektedir. Bu tasnifler kapsamında, halkı kin ve düşmanlığa “*alenen tahrikin*” icrai, serbest ve ani hareketli suçlar kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmemiz mümkün olmakla beraber, konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamaların, tahrik kavramına ilişkin açıklamaların ardından ele alınmasının daha aydınlatıcı olacağı kanaatindeyiz.

b. Tahrik Kavramı ve Tahrik Niteliğindeki Fiiller

Tahrik, sözlük anlamı olarak, bir kimseyi kötü bir iş yapması için harekete geçirme, kışkırtma, yola çıkartma, hareket ettirme, kımıldatma olarak kullanılmaktadır³⁹.

TCK’nun “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine Karşı Silahlı İsyân*” başlıklı 313. maddesinin gerekçesinde de tahrikten, kışkırtma olarak bahsedilmiştir⁴⁰.

Ceza hukuku terminolojisinde ise tahrik, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır.

Bazı yazarlara göre tahrik, maddi bir fiile gereksinim duyan ve bu fiil vasıtasıyla diğer kişi ya da kişiler üzerinde psikolojik baskı kurmak ve onların iradesi üzerinde doğrudan etki yapmak suretiyle suç işlemeye sevk edici davranışlardır⁴¹. Bazılarına göre ise, bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi yahut mevcut bir durumun muhafaza edilmesi için kişinin iradesi üzerinde etki yapılması, iradesinin belli bir yöne itilmesi ya da harekete geçirilmesini ifade etmektedir⁴². Bir kısım yazar ise tahriki, belli bir iradeye yöneltmek için başkalarının iradesinin zorlanması olarak değerlendirmiştir⁴³. Tahriki, dinleyenlerde, işlenmesi istenen suçun işlenmesi fikrinin yaratılması olarak tanımlayan yazarlar olduğu gibi⁴⁴ tahrik hareketinin itici bir özelliğe sahip olması, etkili ve inandırıcı bir çağrı içermesi gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar, dolaylı etkilemelerin suçun oluşması için yeterli olmadığını savunmakta, konumuz kapsamında ise, tahrik teşkil eden fiilin, tahrik edilen halk kesimlerine karşı kin ve düşmanlık duymalarına ve bu surette insanlar arasında kitlesel düşmanlıklar uyandırmaya

³⁹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁴⁰ “...Suçun oluşması bakımından önemli olan husus, halkı ‘silahlı olarak’ maddi bir fiile kışkırtmaktır. Suçun oluşması için, isyana tahrik fiili yeterlidir; isyanın gerçekleşmesi şart değildir. Zira maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, yapılan kışkırtma sonucu isyanın gerçekleşmesi halinde buna katılanlara ve isyanı idare edenlere verilmesi gerekli cezalar ayrıca gösterilmiştir. İkinci fıkraya göre, isyana kışkırtan ayrıca buna katılmış veya isyanı idare etmiş ise, artık sadece ve katılma veya idare etmeden dolayı ceza verilmesi gerekecektir...”

⁴¹ CİHAN, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, s. 178.

⁴² BAYRAKTAR, s. 4.

⁴³ YARSUVAT, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968, s. 160.

⁴⁴ ÖZEK, Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK. mad. 146-151, 168-173), Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 332.

elverişli olması gerektiği üzerinde durmaktadır⁴⁵. Diğer yandan, başkalarının suç işlemesini sağlamak için onların ihtiras, kin ve arzularını uyandırmak, tahriş etmeyi de tahrik olarak tanımlayan yazarlar bulunmaktadır⁴⁶. Bazı yazarlar ise tahriki, bir suçu işlemek konusunda istek ve iradesi olmayan kişi ya da kişilerin suça yönlendirilmesi olarak ifade etmiş,⁴⁷ diğer bir kısmı ise, başkalarını, belli bir yönde etkilemek için gerçekleştirilen belli yoğunluktaki davranışlar olarak tanımlamıştır⁴⁸.

Yargıtay’a göre ise tahrik, “başkalarına, belirli yönde hareket etmeleri için, açık bir psikolojik baskı demektir. Kişiyi harekete getirici, iradesi üzerine doğrudan doğruya psikolojik etki yapmaya yönelik bir davranış anlamındadır⁴⁹.”

Tahrikin, ricada bulunarak, nasihat ederek, yalvararak, emir vererek, hile yaparak, tehdit ederek, inandırarak, cesaret verici sözler söyleyerek, gurur okşanarak, ikna edilerek, kandırılarak, korkutulularak, inançları kötüye kullanılarak vs. her türlü şekilde olabileceği ifade edilmiştir⁵⁰.

Belirtmek gerekir ki, tahrikte bulunan kimse, tahrik edilen şahsı ya da halk kesimini tahrik konusu fiilin işlenmesi yönünde etkilemekle beraber, onun iradesini tamamen ortadan kaldırmamakta, bu kapsamda tahrik edilen kimse ya da halk kesimi hiçbir zaman bir vasıta durumuna gelmemektedir. Bu nedenle kusurluluğu ortadan kaldıran cebir, tehdit ve muhakkak ve ağır bir korkutma, tahrik kurumunun dışında kalmaktadır⁵¹.

Böylece, tahrikin, tehdit etmek suretiyle gerçekleşebileceğini kabul etmek mümkün görünmemektedir. Zira bu halde tahrik edilen kişi ya da kişiler kusurluluğu etkileyen bir sebep altında fiili işlemektedirler⁵². Dolayısıyla, tehdit veya tahrik ile bir fiilin işlenmesini sağlama arasındaki temel fark, tehdit ya da tahrik edilen kişi ya da kişilerin kendi serbest iradeleriyle hareket edip etmedikleri noktasında ortaya çıkmaktadır. Tahrik halinde kişi, işlenmesi istenen fiile kışkırtılmakta fakat tahrik edilen fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmemek hususunda seçim serbestisine sahip olmaktadır. Bir başka ifadeyle,

⁴⁵ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 200.

⁴⁶ DÖNMEZER, Sulhi, Matbuat Suçları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.

⁴⁷ YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, s. 8.

⁴⁸ KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, s. 679.

⁴⁹ YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015).

⁵⁰ YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 6069.

⁵¹ BAYRAKTAR, s. 36.

⁵² BAYRAKTAR, s. 31, 36.

tahrik edilen fiili işlemediği zaman, herhangi bir zarara uğrayacağı yönünde üzerinde bir baskı bulunmamakta, iradesi hür bir ortamda tezahür etmektedir.

Benzer şekilde, doktrinde ifade edildiği üzere, tahrik halinde bir zorlamanın olduğu düşüncesini kabul etmek de mümkün görünmemektedir⁵³. Zira zorlanma terimi, ceza hukuku terminolojisinde cebir ya da tehdide karşılık gelebilir ve bu durumda zorlanan kişinin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir halden bahsedilmesi söz konusu olabilecektir⁵⁴.

Kanaatimizce inceleme konumuz kapsamında tahrik, bir kişi veya topluluğun, bir suçun işlenmesi ya da bir düşüncenin gerçekleştirilmesi için, basit bir isteklendirme yahut düşünce açıklamasının ötesinde, işlenmesi istenen suça ya da gerçekleştirilmesi istenen düşünceye doğrudan yönlendirici ağırlıkta, tahrik edilen üzerinde kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal oluşturmeyen, tahrik edilen kişi ya da halk kesiminin, tahrik öncesinde tahrik konusu fiili işlemek hususunda istek ve iradesinin olup olmamasına bağlı olmayan ve tahrik konusu fiilin işlenmesi hususunda olumlu bir yargı oluşturabilecek nitelikteki psikolojik etkidir.

Kişilerin suç işlemeye yöneltmeleri ve suça itilmelerini ifade etmek üzere, ceza kanunu kapsamında farklı terimler kullanılmaktadır. Daha çok tahrik, teşvik ve propaganda şeklinde ortaya çıkan bu farklı kullanım şekilleri, terimler arasında anlam farklılığı olup olmadığı yönünde karışıklık yaratmaktadır. Zira birçok suçta tahrik, teşvik, telkin, propaganda gibi terimler aynı anlamda kullanılmaktadır⁵⁵. Bu nedenle söz konusu kavramların, tahrik kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu kapsamda değinmek istediğimiz ilk kavram, “*teşvik etmek*” kavramıdır.

Teşvik etmek, sözlük anlamı olarak, isteklendirmek, özendirmek, bir kimseyi kötü bir iş yapması için kandırmak, kışkırtmak olarak kullanılmaktadır⁵⁶.

Ceza hukukunda iştirak kurumu kapsamında suça teşvik ise, zaten var olan suç işleme kararının uygulanması yönünde faaliyetlerde bulunmak anlamına gelmektedir. Teşvik etmenin temelinde, mevcut bir suç işleme kararının icra edilmesine yöneltme söz konusudur⁵⁷. Dolayısıyla suç işlemeye teşvik halinde, suç işleme niyetinin karara

⁵³ **YARSUVAT**, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, s. 160.

⁵⁴ **BAYRAKTAR**, s. 31.

⁵⁵ **BAYRAKTAR**, 5,7.

⁵⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁵⁷ **EREM, Faruk**, Suça İştirak, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1946-03-01/AUHF-1946-03-01-Erem.pdf>, (Erişim Tarihi:14.03.2014), s. 95.

dönüşmesini sağlayan telkinlerde bulunulmakta⁵⁸, karar desteklenmekte ve pekiştirilmektedir⁵⁹.

Yargıtay ise teşviki, suç işleme kararının güçlendirilmesi olarak tanımlamıştır⁶⁰.

Teşvik kavramı, TCK'nun çeşitli hükümlerinde, suç teşkil eden fiil olarak kullanılmıştır⁶¹. Ancak, kanun koyucunun, bu suç tipleri bakımından, teşvik etmek fiiliyle tahrik etmek fiilini beraber kullandığı iki suç tipi bulunmaktadır. Nitekim TCK'nun 319. maddesinde suç tipinin başlığı askerleri itaatsizliğe teşvik olarak düzenlenmiş, suç teşkil eden fiil, *“askerleri veya askeri idareye bağlı olarak görev yapan diğer kişileri kanunlara karşı itaatsizliğe veya yeminlerini bozmaya veya askeri disiplini veya askerlik hizmetine ilişkin görevlerini ihlale yöneltmek ve tahrik”* olarak tanımlanmıştır. Bir yandan da madde gerekçesinde, teşvik veya telkinin geniş sayıda kişilere yönelik olmayan fesatçı fiiller olduğu halde, propagandanın çok daha geniş ve önceden belirli olmayan gruplara yönelik etkin telkin ve teşvik fiilleri olduğu ifade edilmiştir.

Yine, TCK'nun 219. maddesinde düzenlenen, görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma suçunda, birinci fıkrada gösterilen kimselerden birinin, bu sıfatlarından yararlanarak *“hükümetin idaresini ve kanun ve nizam ve emirleri ve dairelerden birine ait olan vazife ve salahiyeti takbih ve tezyife veya halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya veya memuru memuriyetinin vazifesi icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik etmesi”* suç olarak düzenlenmiştir. Burada da kanun koyucu, tahrik ve teşvik kavramlarını

⁵⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 666.

⁵⁹ CENTEL, Nur, ZEFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, 89.

⁶⁰ YCGK, 2013/1-355 E., 2013/456 K., 19.11.2013, Yarg. 1. C.D., 2012/3490 E., 2013/665 K., 30.01.2013, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:21.11.2015).

⁶¹ TCK m. 84/1 (İntihara Yönlendirme), m. 220/8 (Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma), m. 227 (Fuhuş), m. 298/1, 2 (Hak Kullanımını ve Beslenmeyi Engelleme), m. 318/1 (Halkı Askerlikten Soğutma)

Fuhşa teşvikin mutad olarak sözle gerçekleştirildiği, misal olarak bu konuda sürekli ve tekrar olunan nasihat ve sözlerin fuhşa teşvik olarak değerlendirilmesi gerektiği, geçici veya müstehcen bir iki sözün ise teşvik hareketi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Diğer yandan, fuhşa teşvikin söz dışında örneğin cinsel ilişki sahnelerin izletilmesi gibi fiillerle de gerçekleştirilebileceğine değinilmiştir. Buna göre fuhşa teşvik, fuhşa teşvik edileni doğru yoldan çıkarmaya yatkın hareketler olarak tanımlanmıştır. DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, Beşinci Bası, İstanbul 1983, s. 315, 316.

Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimsenin fuhşa sevk edilmesi, suçun nitelikli hali olarak *“sevk etmek”* kapsamında düzenlendiğinden, irade serbestisini ortadan kaldıran hallerin teşvik olarak değerlendirilmediği de kanaatimizce ortadadır.

Yargıtay'a göre fuhşa teşvik etmek, kişinin fuhuş yapması için onda bir irade oluşturmaya çalışmasıdır. YCGK, 2015/9-49 E., 2015/255 K., 30.06.2015, YCGK, 2013/14-457 E., 2014/2115 K., 04.03.2014, YCGK, 2013/14-310 E., 2014/60 K., 11.02.2014, Özendirmek de teşvik kapsamında değerlendirilebilir. Yarg. 14. C.D., 2014/2084 E., 2014/10032 K., 17.09.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:12.11.2015)

birlikte kullanmış ve aralarında bir anlam farklılığı olduğuna işaret eden bir yazım dili kullanmamıştır.

Kanaatimizce, teşvik niteliğindeki fiillerde, teşvik edilen tarafın motivasyonunun sağlanması ya da artırılması, işlenmesi istenen fiile karşı istek uyandırılması söz konusudur. Bu özelliği ile ise teşvik, tahrik kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir kavramdır. Zira teşvik, teşvik konusu fiilin işlenmesi konusunda doğrudan teşvik edilen üzerinde etki yaratmaya, bu hususta olumlu bir yargı yaratmaya elverişli bir özellik sergilemektedir. Teşvik edilen kimse yahut halk kesimi, önceden bu fiili işlemek hususunda bir iradesi olsun veya olmasın, teşvik konusu fiil bakımından isteklendirilerek harekete geçirilmekte, kışkırtılmaktadır⁶².

TCK kapsamında kullanılan bir diğer kavram, “*telkinde bulunmak*” kavramıdır.

Telkin sözlükte, bir duyguyu bir düşüncüyü aşılama olarak açıklanmıştır⁶³.

Kavramın kullanıldığı tek suç tipi olan TCK’nun “*Halkı Askerlikten Soğutma*” başlıklı 318. maddesinin gerekçesinde, teşvik veya telkinin geniş sayıda kişilere yönelik olmayan fesatçı fiiller olduğu halde, propagandanın çok daha geniş ve önceden belirli olmayan gruplara yönelik etkin telkin ve teşvik fiilleri olduğu ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, telkin, teşvik ve propaganda kavramları arasındaki anlam farkının, 318. maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, yöneldiği kişi sayısı dikkate alınmak suretiyle belirlenmeye çalışılması, sağlıklı bir yöntem değildir. Zira bu kavramların anlam farklılığı, ulaştığı ya da yöneldiği kişi sayısına göre değil, anlam ağırlığı ve yoğunluğuna göre çözülmesi gereken bir meseledir.

Doktrinde telkinin gerçekleşebilmesi için, basit bir düşünce açıklamasının yeterli olmayıp, etkileyici, aşılama, inandırıcı bir özelliğinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴.

Kanaatimizce de telkin, bir fikrin ya da düşüncenin kişinin aklına oturmasını, o fikrin kanıksanmasını sağlayıcı ve telkin konusu fiilin işlenmesi hususunda karşı tarafı ikna edici bir özelliğe sahiptir. Bu anlamda telkinin, teşvik fiiline göre daha yoğun bir tahrik halini

⁶² Yarsuvat’a göre teşvik, ikna kavramına daha yakın bir anlama sahip olmaktadır. Oysa tahrikte provoke edici nitelikteki fiillerin varlığı söz konusudur. Tahrik, bir fiile özendirme veya isteklendirmenin ötesinde, kışkırtıcı fiiller içeren, harekete geçirici, karşı tarafın iradesi üzerinde hâkimiyet kurucu nitelikte daha ağırlıklı davranışları kapsamaktadır. Bu nedenle, suçun oluşması bakımından teşvik fiilinin öngörüldüğü hallerde, failin fiilinin tahrik boyutuna ulaşması aranmamalıdır. **YARSUVAT**, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, s. 161.

⁶³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁶⁴ **BAYRAKTAR**, s. 30.

ifade ettiğini söylemek mümkündür. Zira telkin, karşı tarafın ruhsal yahut psikolojik alanında gerçekleştirilen bir süreci ihtiva etmek suretiyle, kişinin telkin konusu fiilin işlenmesine inandırılmasını ve bu kapsamda telkin konusu fiilin işlenmesi hususunda harekete geçilmesini sağlamaktadır. Bu nedenle biz, “*telkin*”in de “*tahrik*” kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir psikolojik etki olduğunu düşünmekteyiz.

“*İkna etmek*” bakımından ise, tahrikin bu kavramı da kapsayıcı bir özelliğinin olduğu kanaatindeyiz.

İkna etmek sözlükte, bir konuda birinin inanmasını sağlamak, inandırmak, kandırmak olarak ifade edilmiştir⁶⁵.

Doktrinde ise ikna etmek, sadece aşılama, inandırma değil, psikolojik baskı kurmak suretiyle aldatma, iğfal etme olarak tanımlanmış ve bu nedenle telkinden daha ağır bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir⁶⁶. Bu anlamda iknanın, failin tüm yeteneğini kullanarak, hileli davranışlar sergilemesi ve böylece karşı tarafın iradesi üzerinde etkide bulunması özelliği vurgulanmıştır⁶⁷.

Tahrik ile ikna arasındaki farkın, tahrik edilen kimsenin, tahrik edilen husus üzerindeki iradesinin tamamen ortadan kalkıp kalkmamasına göre şekillendiği ifade edilmiştir. Zira ikna halinde kişinin, gerçekte iradesi arasında bir çatışma meydana getirilmek suretiyle, kişinin irade serbestisinin ortadan kaldırılması söz konusuysa, tahrikte irade serbestisinin tamamen ortadan kalkmadığına değinilmiştir. Bu kapsamda iknanın, “*tahrik*” kapsamında ele alınamayacağı savunulmuştur⁶⁸.

Kanaatimizce, ikna fiilinin, salt ikna edilenin irade serbestisinin tamamen ortadan kaldırılmak suretiyle gerçekleştiğini savunmak mümkün görünmemektedir. Zira kişilerin gerçek bir takım olay ya da olgulara ikna edilmesi de söz konusu olabilir. Bu anlamda ikna etmek, gerçek olsun ya da olmasın, ikna fiilinde bulunan kişinin, ikna etmeye çalıştığı hususu gerekçelendirmesi, yapılması ya da yapılmamasına yönlendirmeye çalıştığı fiilin haklılığını ortaya koymaya çalışması olarak algılanmalıdır. Her ne kadar, ceza hukuku terminolojisi ve 5237 sayılı TCK bakımından ikna kavramının suç teşkil eden fiil olarak düzenlendiği suç tiplerinde⁶⁹, ikna fiilini gerçekleştiren kişiler, belirli sıfatlara sahip olan

⁶⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁶⁶ BAYRAKTAR, s. 30

⁶⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1024.

⁶⁸ BAYRAKTAR, s. 30

⁶⁹ TCK m. 219/3 (Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma), m. 250/3 (İrtikâp) m. 298/2 (Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme)

ve bu sıfatlarını kullanmak suretiyle karşı tarafın iradesini ifsat eden kişiler olsa da inceleme konumuz kapsamında iknanın, her zaman gerçeklerle irade arasında bir tezatlık yaratması, ikna edilenin gerçekler dışında farklı şeylere inandırılması zorunlu değildir. Özellikle inceleme konumuz açısından, halkın madde metninde belirtilen bir kısmının diğer bir kısmı aleyhine kin ve düşmanlığa ikna edilmesi de söz konusu olabilir. Kaldı ki, TCK'nun “Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma” başlıklı 219. maddesinin 3. fıkrası ve “İrtikap” başlıklı 250. maddesinin 2. fıkrası açısından iknanın, kandırma, gerçeklerle mağdurun iradesi arasında bir çatışma yaratma özelliğinin ortaya çıktığını kabul etsek de “Hak Kullanımını ve Beslenmeyi Engelleme” başlıklı 298. madde bakımından, iknanın razı etme özelliği ön plana çıkmaktadır.

Diğer yandan, ikna halinde tahrik edilen karşı taraf üzerinde kusurluluğu ortadan kaldıran herhangi bir sebep oluşmamakta, kişi fiili işlemesi bakımından bir vasıta haline getirilmemekte ve tahrik edilen tarafın irade serbestisi aldatıcı fiillerle etkilenmiş olsa da tamamen hâkimiyet altına alınmış bulunmamaktadır. Bu nedenle inceleme konumuz özelinde iknanın, daha geniş bir şekilde ele alınarak tahrik kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁷⁰.

Değinmek istediğimiz bir diğer kavram, “sevk etmek”tir.

Sevk etmek sözlükte, göndermek, götürmek, sürüklemek, itmek anlamlarında kullanılmıştır⁷¹.

Doktrinde ise sevk etmek, tahrikin yoğun hallerinden biri olarak tanımlanmış, sevk etmenin mevcudiyeti için, gerçekleştirilecek suç ile muharrik (kışkırtan) ve tahrik edilen üçlü arasında kuvvetli bir ilişkinin varlığının bulunması gerektiği üzerinde durulmuştur⁷².

5237 sayılı Kanun'un birçok hükmünde sevk etmek, suç teşkil eden fiil olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bu maddelerde kullanılan sevk etmek fiili, genellikle bir kimsenin ya da bir şeyin bir yerden bir yere nakli, gönderilmesi yahut götürülmesi anlamında kullanılmıştır⁷³. Dolayısıyla, söz konusu hükümler, sevk edilen kişinin psikolojik yönden bir fikre ya da düşünceye itilmesi anlamında kullanılmamıştır. Diğer yandan, TCK'nun “İntihara Yönlendirme” suçunu düzenleyen 84. maddesinin 4. fıkrası bir

⁷⁰ Aksi görüş için bkz. **BAYRAKTAR**, s. 30, 31.

⁷¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁷² **BAYRAKTAR**, s. 32

⁷³ TCK m. 77/1-h (İnsanlığa Karşı Suçlar –Fuhuşa sevk-), m. 80/1, 3 (İnsan Ticareti), m. 117/3 (İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali), m. 179/2, 3 (Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma), m. 188/3, 7 (Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti)

kimsenin yahut bir şeyin fiziksel olarak bir yerden bir yere naklini değil, psikolojik bir etki kapsamında “sevk etmeyi” düzenlemiştir. Benzer şekilde TCK’nun 227. maddesinin 4. ve 318. maddesinin 1. fıkrasında da sevk etmek, psikolojik bir etki yaratmak anlamında kullanılmıştır.

Nitekim intihara yönlendirme suçu bakımından kanun koyucu sevk etmek ile işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişilerin intihara itilmesini, bu kimselerde intihar etme fikrinin oluşturulması yahut desteklenmesini cezalandırırken, fuhuş suçunun nitelikli hali bakımından, cebir veya tehdit altında veya hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimsenin fuhşa sürüklenmesini cezalandırmıştır. 318. maddede ise, askerlik hizmetini yapan kişilerin, firar fikrini uygulamaya geçirecek elverişlilikte teşvik veya telkin edilmesi cezalandırılmıştır.

Kanaatimizce her üç madde hükmü bakımından da kanun koyucu sevk etmek fiiline, teşvik, telkin ya da ikna etmek fiillerine göre daha ağır bir anlam yüklemiştir. Zira söz konusu düzenlemelerde sevk etmek, ya sevk edilen kimselerin kusurluluğunu etkileyen bir hal altında olmaları ya da teşvik veya telkin fiillerinin elverişliliği ile ilişkilendirilmiştir. Bu kapsamda kanaatimizce sevk etmek, teşvik, telkin ya da ikna etmek fiillerine göre daha yoğun bir çabayı içermekte ve tahrik kapsamında değerlendirilebilecek bir özelliğe sahip olmaktadır.

Tahrikin yoğun şekillerinden birini oluşturduğunu düşündüğümüz bir diğer kavram, “*talimat vermek*”tir. Talimat sözlükte yönerge, talimat vermek ise, yaptıracağı işle ilgili olarak görüşünü belirtmek, yol göstermek olarak tanımlanmıştır. Talimatı, tahrikin yoğun şekillerinden biri olarak nitelendirmemizin sebebi, talimat verilmesi halinde herhangi bir konuda tutulacak yol için talimat verilene ayrıntılı açıklamaların yapılması halinin olduğunu düşünmemizden kaynaklanmaktadır. Zira talimat yol göstermeyi kapsamakta ve bu anlamda fiilin nasıl gerçekleştirileceği, tahrik edilenin bilmediği hususların açıklanması yahut yöntem gösterilmesi gibi özellikleri içinde barındırmaktadır⁷⁴.

Kanaatimizce TCK’nun “*Hak Kullanımını ve Beslenmeyi Engelleme*” başlıklı 298. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında da “*talimat vermek*”, fiilin nasıl işleneceği hususunda yol ya da yöntem göstermek, açıklama yapmak anlamında ve aynı fıkralarda seçimlik olarak

⁷⁴ BAYRAKTAR, s. 27, 28.

yer alan “*teşvik etmek*” fiilinden daha yoğun bir çabayı ifade eder şekilde kullanılmıştır. Bu kapsamda talimatın, tahrik içerisinde değerlendirileceğine dair bir kuşku bulunmamaktadır.

Emrin, bir suçun ya da fiilin işlenmesine tahrik niteliği taşıyıp taşımadığına gelince, kanaatimizce, emri tahrik kavramı kapsamında değerlendirmek mümkündür. Zira gerek hukuki nitelikli emirde ve gerek ise emri veren ile uygulayan arasında ilişkileri gereği oluşan ast-üst ilişkisinde (lider-topluluk, baba-oğul ilişkisi gibi)⁷⁵, emri uygulamak konusunda bir görev bilinci oluşturulacak yoğunlukta psikolojik etkide bulunmaktadır.

Tahrik kavramıyla ilişkisi bakımından değerlendirmek istediğimiz bir diğer kavram, “*propaganda*”dır.

Propaganda sözlükte, bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma, yaymaca şeklinde ifade edilmiştir⁷⁶.

Doktrinde ise propaganda, bir topluluğa bir fikri kabul ettirmek için yapılan hareketler olarak tanımlanmıştır⁷⁷. Geniş anlamda, bir düşünce açıklaması olduğu belirtilmekle birlikte, propagandanın, bilimsel, öğretici, artistik veya dini nitelikte bir düşünce açıklaması kadar yalın ve soyut nitelikte bulunmadığı, propaganda fiilinde, açıklanan düşüncelerin başkalarına yayılması, benimsetilmesi ve tanıtılması amacının olduğu ifade edilmiştir⁷⁸. Diğer yandan propaganda, kolektif inanç ve davranışları etkilemek veya yöneltmek için ya da bir düşünce sistemini, ideolojiyi aşlamak için gerçekleştirilen faaliyeti ifade etmek anlamında da kullanılmıştır⁷⁹. Böylece, propaganda yapan kişinin karşısındakini belirli bir biçimde düşünenler arasına sokmak ya da bunlar arasında tutmak amacını taşıması gerektiği, böyle bir amacı olamayan her tutumun ifade özgürlüğü kapsamında ele alınması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁰.

Tahrik, daha önce ifade ettiğimiz üzere, bir suçun işlenmesi ya da bir hususun gerçekleştirilmesi için bir iradenin oluşturulması ya da var olan iradenin kuvvetlendirilmesi için doğrudan ve açık bir psikolojik etkidir. Propaganda da ise bu nitelikte bir etkinin

⁷⁵ BAYRAKTAR, s. 33.

⁷⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁷⁷ YARSUVAT, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, s. 169.

⁷⁸ CİHAN, Erol, Ceza Hukukunda Propaganda Kavramı, İÜHF, Cilt:43, Sayı: 1-4 (1977), s. 10, ÇAKMUT, YENERER, Özlem, Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999, s. 136, BAYRAKTAR, s. 23, 24.

⁷⁹ CİHAN, Erol, Milli Duygulara Aykırı Propaganda Yapma Suçu (TCK. m. 142/b. 3), İÜHF, Cilt:43, Sayı: 1-4 (1977), s. 57.

⁸⁰ CİHAN, Ceza Hukukunda Propaganda Kavramı, s. 9, 11.

varlığı söz konusu olmayıp, propagandası yapılan fikrin yayılması amacı bulunmaktadır. Zira propagandada temel amaç, propaganda yapılan husus hakkında taraftar toplamaktır. Tahrikte ise, suçun gerçekleştirilmesi konusunda kışkırtıcı nitelikte davranışlar söz konusudur⁸¹. Bu kapsamda tahrikte, tahrik edilen suçun ya da fiilin işlenmesini sağlayan unsurlarla doğrudan doğruya bir bağıllık bulunmaktayken, propagandada suçun yahut fiilin işlenmesi bakımından dolaylı bir etki bulunmakta ve bu nedenle propaganda, propagandası yapılan düşüncenin mutlaka gerçekleştirilmesi hususunda itici bir güce sahip olmamaktadır⁸².

Bu hususta TCK'nun “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma” başlıklı 220. maddesinin 8. fıkrası da bizi destekler niteliktedir. Zira söz konusu düzenleme kapsamında, “Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi”nin cezalandırılacağı düzenlenmek suretiyle, propaganda faaliyetinin, propagandası yapılan düşünceye itici bir güce sahip olması bakımından, teşvik edecek elverişlilikte olması gerektiği ifade edilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, propagandanın tahrik kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmemiz mümkündür.

Üzerinde durmak istediğimiz diğer bir kavram, “övme”dir.

Övmenin sözlük anlamı, birinin veya bir şeyin iyiliklerini, üstünlüklerini söyleyerek değerini yüceltmek, methetmek, sena etmektir⁸³.

Ceza hukuku terminolojisinde ise övme, kanunlarda suç olarak gösterilmiş bir fiilin, onurlu, övülmeye değer ve haklı bir fiil olarak gösterilmek suretiyle, suç olarak belirlenmiş bu fiilin taklit edilmesine, bu suçun işlenmemesi yönünde toplumda yerleşmiş bulunan inancın sarsılmasına yönelik davranışlar olarak tanımlanmıştır⁸⁴. Övmenin, hukuka aykırı bir fiilin doğru olduğunu söylemenin ötesinde, bu fiilin haklı ve aynı şekilde davranılması gereken iyi bir fiil olarak gösterilmesi durumunda cezalandırılacağı ifade edilmiştir⁸⁵. Bir başka ifadeyle, hukuka aykırı bir fiilin övülmesi halinde, övmenin diğer kişilerin isteklerini tahrik etmesi, oynatması, gıcıklandırması gerektiği belirtilmiştir⁸⁶.

⁸¹ CİHAN, Ceza Hukukunda Propaganda Kavramı, s. 13, ÇAKMUT, YENERER, s. 137, BAYRAKTAR, s. 25.

⁸² BAYRAKTAR, s. 25.

⁸³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁸⁴ BAYRAKTAR, s. 20.

⁸⁵ ÖZEK, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, s. 452.

⁸⁶ DÖNMEZER, Matbuat Suçları, s.32.

Övme ve tahrikin arasındaki temel ayrımın, övme halinde, doğrudan bir suçun işlenmesi ya da bir hususun yerine getirilmesine yönelik söz ve düşüncelerin bulunmaması olduğuna değinilmiştir. Övmede, hukuka aykırı fiilin, doğruluğu, meşruluğu ve haklılığı konusunda bir bilinç yaratılmak suretiyle, dolaylı bir etkiyle suçun işlenmesi kolaylaştırılmaktadır⁸⁷. Bu anlamda, övme fiili, tahrike göre daha hafif bir kuvvete sahip bulunmaktadır. Zira övme halinde, suçun ya da fiilin işlenmesi bakımından bir ikna ya da yöneltme hali bulunmamakla beraber hukuka aykırı bir fiilin tasvip edildiği yönünde bir düşünce açıklaması söz konusudur. Tahrikte ise, kişinin belli bir yönde hareket etmesi konusunda açık bir psikolojik baskı söz konusu olmaktadır⁸⁸.

Kanun koyucu, övme fiilini, TCK'nun 215. maddesinde, “*Suçu ve Suçluyu Övme*” suçı ile ceza hukuku kapsamına almıştır. Tahrik ile övme arasındaki bir diğer fark da bu maddelerde öngörülen suç teşkil eden fiillerden kaynaklanmaktadır. Zira övme, kanunun suç olarak düzenlediği ve işlenmiş bir suçun veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişinin övülmesi ile gerçekleşmektedir. Bu durumda, övme geçmişte gerçekleşen fiillere yönelik bir kavram olup, tahrikten farklı olarak gelecekteki bir davranışa yönelen nitelikte değildir⁸⁹. Bu anlamda, TCK'nun 215. maddesinde düzenlenen suç, 765 sayılı Kanun'un 312. maddesindeki düzenleniş şekliyle karşılaştırıldığında, 765 sayılı Kanun döneminde kanun koyucunun, “*kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi göründüğünü söyleyen*” kişiyi cezalandırdığı görülecektir⁹⁰. Bu kapsamda 765 sayılı Kanun döneminde, “*övmek*” fiili, suç teşkil eden ve henüz işlenmemiş bir fiile “*tahrik*” kapsamında değerlendirilebilir olsa bile, 5237 sayılı Kanun'da suç tipinde “*işlenmiş bir suç*” unsur olarak belirlediğinden, övmenin tahrik kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Değirmek istediğimiz diğer kavramlar, “*Talep Etmek*” ve “*Teklif Etmek*” kavramlarıdır.

Talep, sözlükte, bir kimseden bir şeyi yapmasını veya yapmamasını isteme, dileme, istem, istek olarak açıklanmakta, talep etmek ise, istemek, istekte bulunmak anlamına

⁸⁷ BAYRAKTAR, s. 21.

⁸⁸ ÖZEK, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, s. 451.

⁸⁹ ÖZEK, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, s. 454.

⁹⁰ Bu husustaki tartışmalar için bkz. EREM, Suç İşlemeye Tahrik, s. 1139, ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.260, 261, CİHAN, Cürüm Fiilini Övme, s. 121, 122, ŞEN, Ersan, Suçu ve Suçluyu Övme (TCK m. 215), s. 102.

gelmektedir. Teklif ise, yapması için birinden bir iş isteme, öneri, önerme olarak tanımlanmaktadır⁹¹.

Diğer yandan, TCK'nun “Nüfuz Ticareti” başlıklı 255. maddesinin 3. fıkrasında ve “Rüşvet” başlıklı 252. maddesinin çeşitli fıkralarında “talep” ve “teklif”, suçun unsuru içinde yer almaktadır. Bu suç tipleri bakımından da talep, istemde bulunmak⁹², teklif ise öneride bulunmak olarak kullanılmaktadır⁹³.

Talep ve teklifin tahrik olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda ise, bu soruya olumlu bir yanıt vermenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. TCK kapsamında kanun koyucunun, rüşvet ve nüfuz ticareti suçları bakımından talep ve teklif fiillerine, suçun unsuru içerisinde yer vermesinin sebebi, suçun koruduğu hukuki değer ve buna bağlı olarak suçun kendisinin doğal gerçekleşme şekline kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu suç tipleri bakımından kanun koyucu, uygulamada çok sık rastlanan kötüye kullanmaların önüne geçebilmek amacıyla⁹⁴ talep ya da teklifi suçun oluşması için yeterli görmüştür. Salt bu suçlar açısından “talep” ve “teklif” geniş anlamda “tahrik” olarak nitelendirilebilirse de inceleme konumuz bakımından böyle bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Bu anlamda tahrik kavramının anlamı ve yoğunluğu ile karşılaştırıldığında, basit bir istem yahut öneri olarak değerlendirilecek olan talep ve teklif kavramlarının, tahrik kapsamında değerlendirilebilecek elverişliliğe sahip olmadığını ifade etmemiz gerekmektedir.

c. Değerlendirme

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, bir kimsenin bir suça ya da bir fikre yönlendirilmesini ifade etmek üzere birçok terim kullanıldığını tespit etmiş bulunmaktayız. Ancak, bu terimlerin anlamları arasında sınırı çizmenin de zorlukları olduğu ifade

⁹¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁹² “...menfaat talep eden sanığın isteğini gerçekte yerine getirmek niyetinde olmayan kişinin faili suçüstü yakalatmak amacıyla talebi kabul etmiş görüntüsü verdiği durumlarda, sanığın yakalanması için yapılan anlaşmanın serbest irade ürünü olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının oluşmadığı, bu nedenle de eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı...” **Yarg. 5. C.D., 2014/5795 E., 2014/8187 K., 11.09.2014, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net**, (Erişim Tarihi:21.11.2015).

⁹³ “Teklif veya önerinin fert veya kamu görevlisinden gelmesinin önemi bulunmamakla birlikte, rüşvet veren ve alanın aynı amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak, kamu görevlisi tarafından ferde veya fert tarafından kamu görevlisine doğrudan veya örtülü bir istek veya önerinin yapılması ve bunun da karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Böyle bir anlaşmanın varlığının kabulü için, anlaşmaya dair rızalar özgür irade ürünü olmalı, başka deyişle, cebir, tehdit, hile ve sair sebeplerle fesada uğratılmamış bulunmalıdır.” **YCGK, 2014/5-553 E., 2015/113 K., 21.04.2015, YCGK, 2013/5-840 E., 2015/49 K., 17.03.2015, YCGK, 2013/5-840 E., 2015/49 K., 17.03.2015, YCGK, 2014/5-52 K., 2014/354 K., 11.07.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net**, (Erişim Tarihi:21.11.2015)

⁹⁴ **BAYRAKTAR**, s. 35.

edilmelidir. Zira kanun koyucu farklı madde hükümlerinde farklı terimler kullanmak suretiyle, suçun oluşması için basit bir fikir aşılmasını mı yoksa karşıdaki kimse ya da halk kesiminin iradesi üzerinde kuvvetli bir etkinin yaratılması suretiyle hâkimiyet kurulmasını ve böylece kişilerin harekete geçirilmesini mi cezalandırdığını tespit etmek oldukça zor ve her somut olayın özelliği bakımından belirsizliğe yol açabilecek özellikte görünmektedir. Bunun yanında, tahrik, teşvik, telkin vs. gibi kavramlar, failin iç dünyasına ait ve kesin olarak belirlenmesi mümkün olmayacak bir takım iç motivlerin yorumlanmasını ve bu yorumlara bağlı olarak cezalandırmayı da beraberinde gerektirecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere biz, teşvik, telkin, sevk ve ikna etmek, emir veya talimat vermek fiillerinin tahrik kapsamında değerlendirilebileceğini, buna karşılık, talep veya teklif etmek, propaganda yapmak, övmek fiillerinin ise tahrik olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu kapsamda, teşvik etmek, sevk etmek, ikna etmek veya talimat vermek birbirlerinden farklı ağırlıkta ve dolayısıyla farklı anlamlara sahip olmakla birlikte, tahrikin birer çeşidi olarak kabul edilmelidir.

Fiilin nitelikleri bakımından konunun değerlendirmesine gelecek olursak, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, icrai, serbest, ani ve tek hareketli suçlar kapsamında değerlendirilebileceğini söylememiz mümkündür.

Bilindiği üzere, fiilin işleniş şekline göre suçlar, icrai, ihmali ve ihmali suretiyle icrai olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. İcrai suçlar, kasten öldürme ya da hırsızlık suçlarında olduğu gibi “*yapma*”, “*işleme*” şeklinde beliren yasaklama kurallarına aykırılık teşkil eden suçlardır. İhmali suçlar ise, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçlarında olduğu gibi, belli bir hareketin yapılmasını yahut olumlu bir davranışta bulunmayı emreden kurallara aykırılık teşkil eden suçlardır. İhmal suretiyle icra suçları (garantörsel ihmali suçlar) ise, esasen icrai bir davranışla işlenebilen bir suçun, belli bir neticeyi önlemek konusunda özel bir yükümlülüğü olan bir kimse tarafından, kanunilik prensibine uygun olarak ayrıca düzenlenmiş olduğu hallerde, ihmali suretiyle işlenmesi suretiyle oluşan suçlardır⁹⁵.

⁹⁵ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 53, 113, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 238-247.

Bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kanaatimizce icrai nitelikte bir suçtur. Doktrinde, bu suçun ihmali bir hareketle de işlenebileceği, tahrikin muhatabı olan grup karşısında suçu oluşturacak, kin ve düşmanlığa yöneltecek tarz ve yoğunlukta sessiz bir duruşun da suçun ihmali bir şekilde işlenmesine örnek olabileceği ifade edilmiş olsa da⁹⁶ biz, “*tahrik*” fiilinin özelliği gereği bu düşüncenin kabul edilebilir nitelikte olmadığını düşünmekteyiz. Zira yukarıda da bahsettiğimiz üzere tahrik fiili, kışkırtıcı olma özelliği gereği, işlenmesi istenen suça ya da gerçekleştirilmesi istenen düşünceye yönlendirici ağırlıktaki fiilleri kapsamına almakta, tahrik edilen halk kesimi üzerinde, tahrik konusu fiillerin işlenmesi hususunda psikolojik bir etki doğurabilecek yoğunlukta aktif davranışları ihtiva etmektedir. Basit bir isteklendirme yahut düşünce açıklaması dahi “*tahrik*” kapsamında değerlendirilemezken, suskun kalma şeklinde gerçekleşen ihmali bir davranışın, tahrik fiili bakımından elverişli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Diğer bir husus, fiilin önemine göre suçların serbest hareketli ve bağlı hareketli suçlar olarak ayrılmalıdır. Bu ayrımada bazı suçlar bakımından suç tipi ancak belirli hareketlerle ihlal edilebilir. Bazen ise kanun, neticenin şu veya bu hareketle ihlal edilmesi arasında bir fark gözetmez. Bu kapsamda birinci tanımdaki özelliği gösteren suçlara “*bağlı hareketli suçlar*”, ikinci tanımdaki özelliği gösteren suçlara ise “*serbest hareketli suçlar*” denir. Bağlı hareketli suçlarda, ihlal teşkil eden fiil kanunda gösterilmiş olduğundan, işlenen fiilin bu tarife tıpa tıp uyması gereklidir; aksi takdirde fiil kanuni tarife uygun olmayacağından o suça vücut vermez. Oysa serbest hareketli suçlarda, suç tipini oluşturan eylemin somutlaştırılmasından, özelleştirilmesinden söz edilmez⁹⁷.

Bu bilgiler ışığında, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu söylemek mümkündür⁹⁸. Zira tahrikin, herhangi bir sınırlandırma olmaksızın söz, yazı, işaret, tiyatro oyunu, film, sergi, internet, radyo, televizyon vs. gibi yollarla her hangi bir sınırlandırma olmaksızın gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Bu kapsamda örneğin, konuşma ile tahrik söz konusuysa sözle, bir kitapta yer alırsa yazıyla, duyma engeli olanlar

⁹⁶ GÖKCEN, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 207, BAYRAKTAR, s. 172, CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s. 123.

⁹⁷ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s. 350, 360, 361, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 247, KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 113, HAKERİ, s. 163, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 239, ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, s. 186, 187.

⁹⁸ Suçun, 765 sayılı TCK’nun 312. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlenme şeklinin bağlı hareketli bir suç olduğu görüşü için bkz. GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 198.

arasında işaret yolu kullanılırsa işaret yoluyla yapılmış olacaktır⁹⁹. Burada önem arz eden yegâne husus, tahrikin aleni olması ve madde metninde belirtilen halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık duygusunun oluşması bakımından psikolojik etkiyi yaratabilecek elverişlilikte olmasıdır. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre, fiilin işlendiği zaman ve yer, failin kişiliği, hedef aldığı kitle/topluluk, kullanılan yöntem, bu yöntemin tahrik edilen suçun işlenmesi bakımından elverişli olup olmadığı, tahrik edilmek istenen suç yahut fiil gibi hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle bir tespitin yapılması gerekmektedir¹⁰⁰.

Diğer yandan, kin ve düşmanlığa tahrik fiilinin, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesimlerine yönelik olması da suçun bağlı hareketli bir suç olduğu anlamına gelmemektedir. Zira söz konusu suç tipinde, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesimleri suçun mağduru olup, suç teşkil eden fiil “*alenen tahriktir*”.

Değinmek istediğimiz son husus suçların, fiilin icrasının veya neticenin devam edip etmemesine göre ani ve mütemadi suçlar olarak tasniflere tabi tutulduğudur. Belirtmek gerekir ki doktrinde, neticesiz suçların (sırf hareket suçları) olabileceğini savunan yazarlar olduğu gibi, bunun mümkün olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu farklılık nedeniyle de ani ve mütemadi suç ayrımları, ya fiilin icrasının ya neticenin ya da hem fiilin hem de neticenin devam edip etmediği hususları göz önünde bulundurularak tasnif edilmektedir¹⁰¹. Bu nedenle bazı yazarlar ani ve mütemadi suçları fiil unsuru altında ele alırken¹⁰², bazıları ise netice unsuru altında ele almaktadır¹⁰³. Biz bu ayrımda, fiilin icrasını esas aldığımızdan, konuya ilişkin değerlendirmeleri burada yapmayı uygun buluyoruz.

Ani suçlar, kasten öldürme, hırsızlık ya da hakaret gibi hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam etmeyen suçlardır. Mütemadi suçlar ise, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma veya suç işlemek için örgüt kurma gibi tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlardır. Bu ayrımda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, ani suç özelliği göstermektedir. Zira suç teşkil eden “*alenen tahrik*” fiilinin

⁹⁹ YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan, Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 6069, BAYRAKTAR, s. 173.

¹⁰⁰ YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, s. 9.

¹⁰¹ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 96.

¹⁰² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 247-250. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 239 vd., HAKERİ, s. 163, KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 114.

¹⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s. 373 vd.,

işlenmesiyle suç tamamlanmaktadır. Diğer yandan, suç aynı zamanda bir sırf hareket suçu olduğundan, bir başka ifadeyle, kanun koyucunun söz konusu suçun oluşması için, suç tipinde dış dünyada ayrıca ortaya çıkmasını aradığı bir netice bulunmadığından, neticenin de devam etmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Son olarak, suçun müteselsilen işlenmesi de mümkündür. Müteselsil suçlarda suç, teselsülün sona erdiği anda işlenmiş sayıldığından¹⁰⁴, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrikin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, aynı halk kesimine karşı birden fazla işlenmesi halinde suç, son tahrik hareketinin yapıldığı tarihte işlenmiş sayılacaktır.

d. Tahrikin Hukuki Niteliği

Doktrinde tahrikin, hazırlık hareketi, icra hareketi, iştirak şekillerinden biri ve bağımsız bir suç olduğu yönünde dört temel görüş bulunmaktadır.

Bu görüşlerden tahrikin hazırlık hareketi olduğunu savunan görüşe göre tahrik, dış dünyada ortaya çıkmasıyla birlikte tahrik edilen fail, tahrik edildiği suç ya da fiile yönelik icra hareketlerine başlamadığından, tahrik, tahrik edilen fiilin icra hareketi değil hazırlık hareketidir. Zira tahrik halinde, gelecekteki suçlar için bir ortam hazırlanmakta, tahrikin konusunu teşkil eden suçun maddi ve manevi hazırlığı yapılmaktadır¹⁰⁵.

Bu görüşe karşı çıkan bazı yazarlar ise, icra hareketlerine ait hazırlık hareketlerinin dahi bizatihi tahrik edilen fail tarafından yapılması gerekliliği görüşünden yola çıkarak tahriki, hazırlık hareketlerinin hazırlayıcısı olarak nitelendirmişlerdir¹⁰⁶. *Özek* bu farkı, suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma ve suç işlemeye tahrik suçlarını karşılaştırarak açıklamaktadır. Nitekim yazara göre, silahlı örgüt kurma suçu, gaye suçların işlenmesi bakımından bir hazırlık hareketi olarak kabul edilebilecekken, suç işlemeye tahrikte böyle bir durumun kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü silahlı örgüt kurma suçunda örgütü meydana getirenler, kanunun tayin ettiği suçları işlemek maksadı ile hareket etmekte ve bu gayelerine varabilmek için seçtikleri yol, örgüt kurmakla başlamaktadır. Örgütü kuranlar, nihai gaye edinilen suçun faileri olacaktırlar. Örgüt gaye

¹⁰⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 147.

¹⁰⁵ BAYRAKTAR, s. 69-71, 73.

¹⁰⁶ ÖZEK, Çetin, Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, İÜHFM, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, s. 646, ÖZEK, Çetin, Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK. Mad. 168-171), s. 463.

değil, gayeye varmak için vasıtaadır. Bu bakımdan örgütü kuranlar, bu kuruluştan sonra belirli gayelere varabilmek için icraya geçeceklerdir. Öyleyse, bu fiiller esas gaye edinilen suçların hazırlık hareketleridir ve kanun bu fiilleri, esas işlenecek olan suçtan ayrı bir hukukî varlık olarak kabul etmek suretiyle müstakil suç saymış ve cezalandırmıştır. Suç işlemeye tahrikte ise durum farklılık arz etmektedir. Zira işlenecek suça ait icra hareketleri, fail tarafından yapılmaktadır. İcra hareketleri fail tarafından yapılırken, icra hareketlerine ait hazırlık hareketleri dahi onun tarafından yapılması gerekir. Bu anlamda hazırlık hareketlerinden bahsedilebilmesi için, tahrik edenin de sonradan maddi fiile iştirak etmesi gerekir. Böyle bir durumda ise, tahrikte bulunanın fiilinden sorumlu olabilmesi, iştirak hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Failin icra hareketlerine başlamaması durumunda ise tahrikçi, tahrik fiili dolayısıyla sorumlu tutulamaz. Bu kapsamda, tahrik eden tahrik konusu fiilin hazırlık hareketlerine hazırlayıcısıdır¹⁰⁷.

Diğer yandan tahrikin, tahrik konusu fiil ya da suç bakımından icra hareketi (teşebbüs) olduğu da savunulmuştur. Bu yazarlara göre tahrik edenin fiili, tahrik edilen failin hareketleri ve meydana getirdiği netice bakımından oldukça etkin bir role sahip olması dolayısıyla suçun gerçekleşmesinde failin hareketleriyle eşdeğerdedir. Zira tahrik, korunan hukuki menfaat üzerinde doğrudan doğruya ve ani bir tecavüz yaratmaktadır. Ancak bu görüş de tahrik edilenin, tahrik konusu suç ya da fiile yönelik iradesini gösteren hareketleri olmadıkça icra hareketlerine başlanmış sayılamayacağı ve tahrikin belirsiz ve niteliği kesin olmayan yapısının yansıdığı müphem hareketlerin icra hareketi olarak kabul edilemeyeceği fikirleriyle eleştirilmiştir. Diğer yandan, tahrikin icra hareketi olarak kabul edilmesinin, tahrik edende tahrik konusu suçun işlenmesi yönünde kastın bulunduğu ve tahrikin başlı başına tahrik konusu suçu işlemeye elverişli bir vasıta olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracağı da ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Tahrik, bir iştirak şekli olarak da nitelendirilmiştir. Bu görüşe göre, aslında bir iştirak çeşidi olan tahrikin meydana getireceği sonuca bakılmaksızın bağımsız suç haline getirilmesi istisnai bir durumdur. Bir başka ifadeyle iştirakte, azmettiren ya da manevi yardımda bulunan kişilerin cezalandırılması, failin icra hareketlerine başlamasına

¹⁰⁷ ÖZEK, Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK. Mad. 168-171), s. 463.

¹⁰⁸ BAYRAKTAR, s. 75, 76.

bağlanmışken, burada, icra hareketlerine geçilmeden cezalandırılabilen bir iştirak tipi bulunmaktadır¹⁰⁹.

Bu görüş de çeşitli açılardan eleştirilmiştir. İlk olarak, azmettirme de dâhil tüm iştirak şekilleri bakımından, şerikler ile fail arasında kişisel bir ilişki ve buna bağlı olarak da suç işleme iradesi yaratılan belirli kişilerin varlığının söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Oysa tahrikte, tahrik edenle tahrik edilen kitle ya da toplum arasında böyle bir kişisel ve somut ilişki yoktur ve böylece belirsiz kişilere suç işleme konusunda fikirler ileri sürülmektedir. Dolayısıyla burada kimin tahrikin etkisi altında kalacağı da belli değildir. Bu özelliği nedeniyle de iştirakte, suç işleme iradesinin yaratılması yönündeki çabalar daha yoğundur. Diğer yandan iştirakte, fail ve şerikler arasında iştirak iradesi bir başka ifadeyle, suçun işlenmesinden önce bir anlaşma bulunmaktayken, tahrikte böyle bir durum söz konusu olmadığına da dikkat çekilmiştir. Niteliği gereği iştirakte, fail ve şeriklerin hareketlerinde bir gizlilik söz konusu olmasına rağmen tahrik suçlarında, genel olarak aleniyet, fiilin bir özelliği olarak ortaya çıkmaktadır. İştirak ile tahrik arasındaki diğer bir fark, azmettiren ya da manevi yardımda bulunan kişinin sorumlu olabilmesi için, failin en azından icra hareketlerine başlamış olmasının gerekliliğidir. Oysa tahrik bakımından, tahrik edilenlerin icra hareketlerine başlayıp başlamaması suçun oluşması bakımından önemsizdir¹¹⁰.

Tahrikin hukuki niteliğini açıklayan son görüş, tahriki bağımsız bir suç olarak nitelendiren görüştür. Söz konusu görüşe göre tahrik, “*tehlikelilik*” arz etmesi nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bazı yazarlar tehlikeliliği, tahrikte bulunanın tehlikeli bir kimse olması şeklinde açıklamaktadır. Zira bu yazarlara göre tahrik eden, tahrik konusu fiil ya da suç hakkındaki düşünceleri topluma yaymakta ve böylece ulaşılmak istenen amacın esasını meydana getirmektedir. Yaratılan koşullar itibarıyla tehlikeliliği, amaç fiil ya da suçun tehlikeliliğine bağlayanlar olduğu gibi, bu nitelikteki fiillerin toplum yapısında tahribata neden olması temelinde toplumsal tehlikeliliğine bağlayan yazarlar da bulunmaktadır. Ancak tehlikelilik esasına dayanan bu görüşlerin, tahrik konusu suç ya da fiilin işlenmemesi halinde tahrik edenin herhangi bir sorumluluğu olmayacağı zira böyle bir

¹⁰⁹ BAYRAKTAR, s. 77.

¹¹⁰ BAYRAKTAR, s. 16, 17, 79, 80, YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, s. 9, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 654, 655, GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 303, 304.

durumda ortada sadece ahlaki yönden ayıplanacak nitelikte bir halin var olduğunu savunan görüşlerce eleştirilmiş olduğunu söylemek mümkündür¹¹¹.

Kanaatimizce de tahrik suçları, bağımsız bir suç olma özelliğine sahiptirler. İlk olarak tahrikin, hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bilindiği üzere hazırlık hareketleri, suç işlemeye karar veren kişinin, suçta kullanılacak vasitanın seçimi, sağlanması, mağdur hakkında bilgi toplanılması, icra ile ilgili planlar yapılması gibi bir takım hazırlıkları kapsamaktadır¹¹². Bu kapsamda, tahrikte bulunanın kendi tahrik fiiline ilişkin icra hareketlerine başlamadan önce bir takım hazırlıklar yapması ile tahrikte bulunmasının ardından, tahrik konusu suç ya da fiilin işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerine tahrik edilen tarafından başlanması ayrı hususlardır. Kaldı ki, suç teşkil eden fiil olarak tahrikin cezalandırılabilmesi için, tahrikin yöneldiği suç yahut fiilin işlenmesi ya da hazırlık veya icra hareketlerine dahi başlanması aranmadığından, tahrikin hazırlık hareketi olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Tahrikin, teşebbüs kurumu içinde de değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira yukarıda da değindiğimiz üzere teşebbüs halinde failin, neticeyi gerçekleştirmeye yönelik elverişli fiillerle suçun icrasına başlaması gerekmektedir. Tahrik edilen suçun icra hareketlerini, “*tahrik etmek*” anına çekmek ise, ceza sorumluluğunu oldukça genişletici bir durum yaratmakla birlikte, salt tahrikin, tahrik konusu suç veya neticenin gerçekleştirilmesi bakımından elverişli olduğunu kabul etmek de mümkün görünmemektedir. Zira yukarıdaki görüşümüzden de hareketle, icra hareketlerinin dahi tahrik edilen fail tarafından bizzat yapılması gerekmeyle birlikte, salt tahrikin tahrik konusu suçun ya da neticenin gerçekleştirilmesi bakımından doğrudan bir icra hareketi özelliği bulunmamaktadır. Tahrik edenin icra hareketi olarak kabul edilebilecek fiili, tahrik konusu suç ya da fiil ile değil bizzat tahrik suçunun kendisiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılmasıdır. Kaldı ki, tahrik konusu suç ya da fiilin işlenmesi için tahrik edilen tarafından yapılan hazırlık hareketleri dahi kural olarak cezalandırma alanına girmezken, başlı başına tahrikin icra hareketi olarak kabul edilmesi ceza genel teorisinde açıklanması mümkün olmayan bir sonuç doğurur.

Tahrikin hukuki niteliğinin gerek hazırlık ve gerek ise icra hareketi olamayacağını düşünmemizin bir diğer sebebi de “*manevi unsur*”dan kaynaklanmaktadır. Zira tahrik,

¹¹¹ BAYRAKTAR, s. 81-83, GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 302.

¹¹² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 589.

tahrik konusu suç ya da fiilin hazırlık ya da icra hareketi olarak kabul edilirse, tahrik edenin, bizatihi bir suçun işlenmesine tahrikte bulunma kastının değil, suçu işleyen fail ya da failler gibi suç işleme kastının bulunduğu kabul edilmesi gerekecektir. Bu anlamda örneğin halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik etme kastının, bu tahrik neticesinde tahrik edilen kimselerin öldürme fiilini işlerken sahip olduğu kastla aynı olduğunu kabul etmek gerekecektir. Kanaatimizce kanun koyucu da bu hususu göz önünde bulundurmuş olmalı ki, tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik edenin suçu işleyenler gibi cezalandırılabilmesini sağlamak için, tahrikte bulunanın azmettiren sıfatıyla sorumlu olacağını düzenlemiştir. Bu anlamda kanun koyucunun, tahriki bir hazırlık veya icra hareketi olarak nitelendirdiği için değil, tahrikten kaynaklanan tehlikelilik halini esas alarak, tahrik fiiliyle tahrik konusu suçun işlenmesi arasında doğrudan bir nedensellik bağının bulunması nedeniyle bağımsız olarak cezalandırdığı kanaatindeyiz.

Bu şekilde aslında kanun koyucu, suç işlemeye tahrik suçu bakımından tahrikin iştirak kurumuyla da ilişkisini kurmuş ancak bizatihi tahrikte bulunmanın, bir iştirak şekli olmadığını da ortaya koymuştur. Zira burada kanun koyucu, suç olarak belirlenen halin cezalandırılabilmesi için bunun bağlı olduğu suçun işlenmesini ya da icrasına başlanması gerekliliğini aramamış, bu kapsamda bağımsız bir tahrik suçu oluşturmuştur¹¹³.

Tüm bu açıklamalar ışığında, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da bağımsız bir tahrik suçu olduğunu söylememiz mümkündür.

e. Tahrik ve Haksız Tahrik

TCK'da “*tahrik*” kavramına, tahrik suçları ve genel hükümlerde yer alan haksız tahrik kurumu olmak üzere iki farklı şekilde yer verilmiştir¹¹⁴.

TCK'nun 29. maddesine göre, “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*”

¹¹³ BAYRAKTAR, s. 18.

¹¹⁴ DÖNMEZ DEMREN, Burcu, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik, İÜHF M Cilt: LXXI, Sayı:1, 2013, s. 267.

Bu anlamda haksız tahrik, bir kimsenin dıştan gelen haksız nitelikteki fiiller neticesinde kışkırtılarak suç işlemesi anlamına gelmektedir¹¹⁵.

Haksız tahrikte, failin, bizzat mağdurun yol açtığı bir heyecandan veya benzer bir coşkudan dolayı kendini kontrol etme yeteneğinin belirli bir derece zayıflaması ve bu yüzden işlemiş olduğu suçta kusurluluğunu etkileyen bir halin ortaya çıkması söz konusu olmaktadır¹¹⁶.

Yargıtay'a göre de ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir anlatımla, haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır¹¹⁷.

Haksız tahrikte, tahrikte bulunan kimse, tahrikte bulunduğu kimseyi suç işlemeye kasten yönelmemeliyken¹¹⁸, suç işlemeye ya da bir hususun gerçekleştirilmesine yönelik tahrikte ise fail, tahrikte bulunduğu kimselerin tahrikte bulunduğu hususu gerçekleştirmeleri kastıyla hareket etmektedir. Böylece, haksız tahrik altında suç işleyen kimse, bir anlamda mağdur konumuna gelmekte iken tahrik suçlarında, tahrik edilen kimselere karşı haksız bir fiil işlenmemekte, bu kişiler mağdur konumuna getirilmemektedirler¹¹⁹. Dolayısıyla tahrik suçlarında, tahrik eden ile tahrik edilen kesimin iradesinin uyuşması veya en azından uyuşması yönünde çaba sarf edilmesi söz konusuyken

¹¹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 505 vd., ARTUK, Mehmet, Emin, YENİDÜNYA, Caner, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi (TCK.m.51), http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/27prof.dr.m.emin_artuk.pdf, (Erişim Tarihi: 18.03.2014), s. 506, CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 418 vd., KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 338 vd.

¹¹⁶ KANGAL, Zeynel T., Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 19, DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 404, DURSUN, Selman, Mağdurun Suça Yol Açması, İÜHFM, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003, s. 20, EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 594 vd.

¹¹⁷ YCGK, 2014/1-146 E., 2014/494 K., 18.11.2014, YCGK, 2013/1-304 E., 2014/454 K., 30.10.2014, YCGK, 2013/8-772 E., 2014/435 K., 21.10.2014, YCGK, 2013/2-246 E., 2014/443 K., 21.10.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:08.05.2016).

¹¹⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 520, 521.

¹¹⁹ BAYRAKTAR, s. 12, 13.

haksız tahrikte, tarafların iradesinin uyuşması söz konusu olmamakta, tahrik edilen ile tahrik eden birbirleriyle karşı karşıya bulunmaktadır. Ayrıca, suç işlemeye tahrikte belirsiz sayıdaki bir kitle suça yöneltilmekte iken, haksız tahrikte ise, mağdur tarafından yapılan haksız bir fiilin faili tahrik etmesi söz konusudur¹²⁰.

Bu açıklamalar ışığında, TCK'nun 214., 216. veya 217. maddelerinde yer verilen tahrik kavramı bakımından tahrikin, bir kimseyi suç işlemeye yahut kanunlara veya kin ve düşmanlığa kışkırtma anlamına gelip, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya elemnin etkisiyle suç işlenmesi anlamına gelmediğini ifade etmek gerekmektedir¹²¹.

f. Kin ve Düşmanlık

İnceleme konumuz bakımından suçun oluşması için, halkın bir kesiminin, kanunda sınırlı sayıda belirtilen diğer bir kesimine karşı, “kin ve düşmanlığa” tahrik edilmesi gerekmektedir¹²².

Kanun koyucu madde metninin düzenlenmesinde, “kin ve düşmanlığa” tahrik ifadesini kullanmış olduğundan doktrinde “ve” bağlacının “ile” anlamına geldiği, fiilin suç teşkil edebilmesi için hem kine hem de düşmanlığa tahrikin söz konusu olması gerektiği ve bu anlamda yalnızca kine ya da yalnızca düşmanlığa tahrikin, suçun oluşması bakımından yeterli olmadığı ifade edilmiştir¹²³.

Kin sözlükte, bir kimseye duyulan öç alma isteği, garaz, düşmanlık, düşmanca duygu veya davranış, husumet olarak tanımlanmıştır. Düşman ise, birinin kötülüğünü isteyen, ondan nefret eden, ona zarar vermeye çalışan kimse, hasım, aralarında birbirleriyle çatışmaya varacak ölçüde anlaşmazlık olan taraflar olarak ifade edilmiştir¹²⁴.

TCK'nun 216. maddesinin gerekçesinde kin, “öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hâl”; düşmanlık ise, “husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu” olarak tanımlanmış, kin ve düşmanlık; “husumet beslenen konuya

¹²⁰ KANGAL, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, s. 20, BAYRAKTAR, s. 13.

¹²¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 504.

¹²² 1981 yılında yapılan değişiklik öncesinde, kin ve düşmanlık ifadesi kin ve adavet olarak düzenlenmiştir.

“Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanunlara itaatsizliğe veya cemiyetin muhtelif sınıflarını umurun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse, üç aydan bir seneye kadar hapis ve elli liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.”

¹²³ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 128, ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 275

¹²⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini oluşturan psikolojik bir hâl” olarak açıklanmıştır.

Yargıtay’a göre ise, “*maddede yer alan kin bir kimseye veya bir şeye karşı duyulan ve öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlık, garez, düşmanlık ise husumet beslenen konuya karşı düşünerek tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu*”dur¹²⁵.

Madde gerekçesinde, suçu oluşturan “*tahrik*”in, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olması, failin sübjektif olarak da bu amacı gütmesi, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarf etmenin, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli olmadığı, fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrikin var olması, failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunacak nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁶. Diğer yandan kanun koyucu, bu düzenlemede yer alan “*kin ve düşmanlık*” ibaresinin anlamı dikkate alındığında, sadece “*şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahriklerin*” madde kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Şiddet kavramından ne anlaşılması gerektiği ise açıklığa kavuşturulmamıştır¹²⁷.

Bu anlamda, tahrik hareketinin basit bir sözü yahut hareketi aşması, kin ve düşmanlığı temin edecek mahiyette, etkili olması gerektiğini ifade etmek mümkündür¹²⁸. Madde gerekçesinde, salt yüz çevirme, soyut bir ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta

¹²⁵ YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015)

¹²⁶ Belirtmek gerekir ki, ACK’nun 130. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen suç bakımından da Alman doktrininde, kişilerin akıl ve duyguları üzerinde, reddetme veya horgörmenin ötesinde düşmanlık oluşturmaya ya da artırmaya objektif olarak elverişli ve sübjektif olarak da bu amaç ile hareket edilmesini gerektiren fiiller “*nefrete tahrik*” kapsamında ele alınmaktadır. SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 1526, JOECKS, s. 238.

¹²⁷ Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO), 2002 tarihli Şiddet ve Sağlık Dünya Raporu’nda şiddet, bir kimseye, grup ya da topluluğa karşı, güncel olarak var olan yahut uygulanacağı tehdidinde bulunulan ve yaralanma, ölüm, psikolojik zarar, gelişim bozukluğu yahut yoksunlukla sonuçlanan yahut sonuçlanma olasılığı yüksek olan kasıtlı fiziksel güç veya zor kullanımıdır. Ancak, “*fiziksel güç/zor kullanımı*” ifadesi, geleneksel anlamından daha geniş bir biçimde ve tehdit ve korkutmaları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Hatta ihmali ya da ihmal suretiyle icrai nitelikteki fiiller de bu kapsamda ele alınmalıdır. Bu nedenle, “*fiziksel güç/zor kullanımı*”, intihar ve kişinin kendisine yönelik diğer taciz eylemleri de dâhil olmak üzere, her türlü fiziksel, cinsel ve psikolojik tacizi ifade eder. World Health Organization, World Report on Violence and Health, Geneva, 2002, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf, (Erişim Tarihi: 25.01.2016), s. 5.

¹²⁸ ÖZEK, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK. mad. 146-151, 168-173), s. 333.

bulunmanın veya bu yönde sözler sarf etmenin, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli olmadığı ifade edilmiş olması da bu hususu desteklemektedir. Kanaatimizce burada kanun koyucu, tahrik fiilinin elverişliliğini vurgulamak istemiş ve gerekçenin devamında belirtildiği üzere, şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahriklerin de madde kapsamında değerlendirileceğini ifade etmek üzere, kin ve düşmanlığa tahrik bakımından yoğun bir psikolojik etki uyandırmaya elverişli olmayan tahrik fiillerini madde kapsamı dışında tutmak istemiştir.

Diğer yandan Yargıtay da madde kapsamındaki “kin ve düşmanlığa” tahriki, şiddet temelinde ele almaktadır. Zira Yargıtay’a göre, “Kışkırtmanın, anılan farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk etmesi ve fakat bu halin ‘kamu düzeni’ için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve sonucu gerçekleştirmeye yetecek düzey ve etkinlikte olması, AİHM’nin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile 8. Ceza Dairesinin birçok kararına isabetle yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi ve bu çağrının etkin düzeyde gerçekleşmesi¹²⁹” gerekmektedir.

Doktrinde ise, kin ve düşmanlığa tahriki husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini oluşturan psikolojik bir hâl olarak tanımlayan yazarlar olduğu gibi¹³⁰, suçun oluşması bakımından, kin ve düşmanlığa tahrikin, madde metninde belirtilen grupların birbirlerine karşı şiddet hareketlerinde bulunabilmelerini isteme anlamını taşıdığını savunan yazarlar da bulunmaktadır. İkinci gruptaki yazarlar, kin ve düşmanlığa tahrikin oluşabilmesi için, tahrik teşkil eden hareketlerin, ceza kanunu yahut idari ceza mevzuatı içinde bir suç teşkil etmiş olması gerekmediği kanaatindedirler¹³¹.

Kanaatimizce kin ve düşmanlığa tahrikten anlaşılması gereken, kendisine karşı kin ve düşmanlık tahrikinde bulunulan halk kesimi bakımından, bu kesimde dışlanmışlık, korku, karşı öfke ve çaresizlik duygusu doğurmaya elverişli, toplumsal bakımdan, heterojen bir toplumda kanun metninde sayılan farklı özellikler temelli barışı ve vatandaşlar arasındaki eşitlik inancını ihlal eden, tahrik edilen halk kesimi bakımından ise, bu kesimde antipati

¹²⁹ YCGK, 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, YCGK, 2004/8-130 E., 2004/36 K., 23.11.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:20.12.2015)

¹³⁰ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 128.

¹³¹ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 275.

duyma ya da hoşlanmama gibi duyguların¹³², tarihsel yahut bilimsel tartışmaların¹³³ ve ağır nitelikte de olsa eleştirinin¹³⁴ ötesinde, yoğun bir nefret, zarar verme, tikslenme yahut

¹³² "... İlçesinde münteşir 3 eylül adlı yerel gazetenin 23.5.1988 gün - 42 sayılı nüshasının 3. sayfasında yer alan tebrik başlıklı, R.A. takma adıyla yazılan 'oruç tutanların, namaz kılanların, sakallı hacıların, baş örtülü bacıların, Afkanlı mücahitlerin ve Filistinlilerin Ramazan Bayramları kutlu olsun. Yahudi siyonizmi ve Mason işbirlikçilerinin, dinsizlerin, imansız beynamazların, peygambere dil uzatan yalnızca kafa kağıdı ile müslüman olanların kitaba ve örtüye karışanların Şeker Bayramı tatilleri zehir zıkkım olsun' şeklindeki ve bütünü ile dua, beddua ve bir de nükte yapmak niteliğinde bulunan yazıda TCK.nun 312/2-3 maddelerinde yaptırıma bağlanan halkı, sınıf, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden salt bilirkişi düşüncesi dayanak yapılmak suretiyle yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması..." **Yarg. 8. C.D., 1989/839 E., 1989/3168 K., 13.04.1989, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:20.12.2015),**

"Ç.Y. adlı siyasi dergide çıkan suç konusu yazı tümüyle değerlendirildiğinde, Devrimci G. olarak tanımlanan işçi sınıfı ve Üniversite Gençliği ile onların örgütü olan sendika ve derneklerin, 12 Eylül dönemi öncesi ve sonrasındaki mücadele koşullarının değerlendirilmesi yapıp, hali hazırdaki koşulların ve verilen hak ve özgürlük mücadelesinin yetersizliğine değinildikten sonra, bundan sonraki demokratik mücadelenin ne biçimde olması gerektiği yönünde görüş getirilip ve bu güçlerin karşıtı olan güçlerin engellemelerinden söz edilerek onlar için dost olmayan yaklaşımlarda bulunulmakla birlikte uygulama maddesinde tanımını bulan (Halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığı açıkça tahrik etmesi) söz konusu olmadığı yazıda özet olarak 12 Eylül dönemi öncesi ve sonrasının irdelendiği ve bütünü ile eleştiri niteliğinde bulunan görüşlerin ileri sürüldüğü halde nitelendirilmede yanlıya düşülerek tespit ve eleştiri mahiyetindeki yazıdan dolayı sanığın TCK.nun 312/2-b son maddesi ile mahkumiyetine karar verilmesi..." **Yarg. 8. C.D., 1988/9713 E., 1989/2439 K., 23.03.1989, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:20.12.2015),**

¹³³ "Çalışma grubunun konusu itibarıyla 'azınlık' kavramının sorgulandığı, uluslararası normlar çerçevesinde ulusal düzenlemelerin ve uygulamaların değerlendirildiği, bu kapsamda ulusal düzenlemelerde yer alan azınlık kavramının ve buna bağlı olarak da uygulamanın değiştirilmesinin, kültürel hakların tanınması çerçevesinde ana dilde yayın hakkının genişletilmesinin önerildiği, ulusal, etnik kimlik tanımlamasından vazgeçilerek farklı bir yöntemin benimsenmesi, böylece alt kimlik-üst kimlik çatışmasına son verilerek, farklı kimlik ve kültüre sahip bireylerin kendi kimliklerini koruma ve geliştirme haklarının güvence altına alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bilimsel içerikte olan ve yapılan görev ile ilgili olarak hazırlanan raporun, bu haliyle resmi görüşü sorguladığı, suç teşkil etmeyecek tarzda ve ifade özgürlüğü sınırlılığıyla eleştirdiği ve değiştirilmesini önerdiği açıktır...konunun bilimsel şekilde ele alınması bir kamu görevi gereği hazırlanmış olması, içeriğinde, yasada öngörülen farklılıkları yekdiğeri aleyhine kin ve düşmanlığa sevkedecek ve kamu güvenliğine yönelik açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkaracak şiddet çağrısını içermemesi karşısında, gerek 765 sayılı TCY.nun 312/2. maddesinde gerekse 5237 sayılı TCY.nun 216/1. maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurları oluşmamıştır." **YCGK, 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016),**

¹³⁴ "Dava konusu radyo programına ilişkin canlı yayında program sunucusu sanık A.F'nin sarfettiği, 'Hesap günü yaklaşıyor, Allah'tan korkmak yok, Allah'ın kullarına işkence var, zulüm var, nereye gidecek bunun sonu, nereye mi, herhalde cehennemin gayyalarına yuvarlandıktan sonra bitecek bu iş... kapatsınlar. İmam Hatipleri kapatsınlar, camileri kapatsınlar. Kuran kurslarını kapatsınlar, neye yarıyor ki? Başörtüsünün kızlar için dini bir gereklilik olduğu öğretilen İmam Hatip Liselerinde kız öğrencilere dininizi öğrenebilir, ancak gereğini yerine getiremezsiniz demek insan hakları ve demokrasi bir yana akıl, mantık ve bilime bile ters düşüyor. Bu insanlar ne insanlar böyle... Bunların insanlıkla alakası yok Allah canımı alsın. Eğer bunlara insan diyen bile insan değil... En azılı düşman Apo'ya yapılmıyor bu hareketler. Evet bunu ancak namussuzlar yapıyor, şerefsizler... gözünüzün önündeki o körpe dimağları bu kadar işkence altında tutamazsınız.' şeklinde sözler bir bütün olarak incelenip değerlendirildiğinde, adı geçen sanığın çeşitli gazetelerden seçip okuduğu haberleri yorumlarken kendi dünya görüşü doğrultusunda karşı görüşte olanlar hakkında birtakım ağır ve haksız eleştirilerde bulunduğu anlaşılmakta olup, eyleminin 4744 Sayılı Yasa ile değişik TCK'nun 312/2. madde ve fıkrasında tanımlanan suçun 'kamu düzeni için tehlike olabilecek bir şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye' tahrik unsurunun bulunmadığı gözetilerek her iki sanığın beraatına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması..." **Yarg. 8. C.D., 2002/10542, 2004/3111 K., 08.04.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016),**

"Suça konu yazıda yer alan 'Kürt halkı ekonomik ve siyasi baskıların yanı sıra bir de ulusal baskıya maruz kalmaktadır... Bir halkı ezen bir başka halk özgür olamaz. Kürt halkının kurtuluşu da sömürü ve baskı düzeninin yıkılmasından geçer. Bu düzenle barış olmaz...' şeklindeki ifadeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, halkı ırk veya bölge farklılığına dayanarak birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, mahkemenin eylemi TCK.nun 312/2-son madde ve fıkraları kapsamında değerlendirmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir." **Yarg. 8. C.D., 2003/4557, 2004/3757 K., 26.04.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016),**

"Sanığın, 4.1.2000 Kahrmanmaraş olaylarının yıldönümü sebebiyle yayın yaşamını Demokrat radyo adı altında sürdüren bir radyoda yaptığı konuşmada; geçmişte ülkemizde kimi bölgelerde bazı yurttaşlarımıza karşı inanç farklılığı anlayışının terörizme ulaşan boyutuyla girilen ve ölümlerle sonuçlanan şiddet olaylarını tarihsel gelişim süreci içinde ele alıp, eleştirel biçimde değerlendirdiği anlaşılmış olmakla, konuşma ve şiir bir bütün olarak ele alındığında eyleminin

kötülüğünü isteme duygularını kışkırtmaya elverişli¹³⁵, veya bu kesime ya da üyelerine karşı suç işlenmesi yönündeki tahrikleri¹³⁶ içeren psikolojik etkiler anlaşılmalıdır.

TCK.nun 312/2. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturmadığı gözetilmeden, sanığın beraatı yerine yazılı biçimde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yarg. 8. C.D., 2001/4795, 2001/12066 K., 20.06.2001, Benzer kararlar için bkz. YCGK, 1999/9-77 E., 1999/70 K., 20.04.1999, Yarg. 8. C.D., 2000/13957 E., 2000/13093 K., 05.07.2000, Yarg. 8. C.D., 1999/12715 E., 1999/14981 K., 03.11.1999, Yarg. 8. C.D., 1998/10296, 1998/11672 K., 23.09.1998, Yarg. 8. C.D., 1996/11624 E., 1996/12797 K., 18.10.1996, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016),

¹³⁵ “Marmara bölgesinde çeşitli camii, mescit ve toplantılardaki konuşmaları ile 17 Ağustos 1999 tarihinde gerçekleşen ve pek çok insanın ölümüne yol açan deprem felaketi nedeniyle yaptığı yazılı ve görsel basın aracılığıyla kamuoyuna yansıyan konuşmalarında, deprem bölgesinde yaşayanların ve felakete uğrayanların dini gereklere uygun biçimde yaşamayan, zina, fuhuş ve tefecilik yapan, haksız kazanç elde eden insanlar olduklarını, bu nedenle de böyle bir felakete uğradıklarını iddia ederek, böylece Ülke genelinde sosyal ve ekonomik yaşamlarını çağın gereklerine uygun olarak sürdüren insanları, cezalandırılması gereken kimseler olarak niteleyip, sonuçta halkı din farklılığı gözeterek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik ettiği anlaşılmış, kastının yoğunluğu, konuşmaların kamuoyunda uyandırdığı tepki göz önüne alındığında ceza tayininde alt sınırdan uzaklaşılmasında bir isabetsizlik görülmemiş bulunmakla...” Yarg. 8. C.D., 2001/388, 2001/12127 K., 21.06.2001, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016), “Sanık Müslüm, haftalık (T...) dergisinin 17-24 Haziran 1994 ve 24 Haziran 1 Temmuz 1994 tarihli 2. ve 3. sayılarında "Bombayla geldiler, bombayla gidecekler" başlıklı röportajda; kendisinin 'Said-i Nursi'nin gerçek takipçileri Aczmendilerin lideri olduğu belirtilerek Kemalist düşüncüyü benimseyenleri kastetmek suretiyle "... müslümanların içinden bir babayığidın çıkıp bunların o yumuşak karınlarına bir iki bıçak, bir iki süngü saplayıp, bunların ne kadar kof olduğunu göstermesine bağlı iş! ... Bir adam İmam olduğu halde ahkam-ı ilahiyeye tabi şerit nizamına, Kur'an nizamına taraftarlık göstermiyorsa o adam İmam olan bir gayr-ı müslimdir.... Tövbekar olan... Meclise milletin önüne çıkın, deyin ki- ey Kemalizm dinindeki adamlar, biz 70 senedir yanlış yoldaymışız. Biz Kur'an'ı kaldırdık, çarşafı yırttık, peçeleri paramparça ettik. Biz Kur'anları meydanlara koyup üzerlerine bastık, yaktık. Şer'i mahkemeleri kaldırdık. Yanlış ettik. Tövbe biz müslüman olduk.. O zaman belki, Allah onların inine, dinine bomba koymayı alışıp etmez. Çünkü eğer öyle bir şey yapacak olurlarsa cezadan kurtuluyorlar... Bunlar bomba ile geldi bomba ile gidecekler... Şeyh Said Efendi olsun, İskilipli Atıf Hoca olsun, Muhammed Esat olsun ve daha ismi şöhrati duyulmayan nice mücahit müslümanlar olsun bu Kemalist rejimin zulmüne karşı durdular, vuruştular... Niye şehit oluruz dediler her müslümanın üzerine farz mı? farz. Bitti.' şeklinde açıklamaları yazının bütünlüğünde ele alındığında; TCK.nun 312/2. madde ve fıkrasında yer alan halkı din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme suçunun oluştuğuna yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş olmakla...” Yarg. 8. C.D., 1997/19078, 1998/1127 K., 04.02.1998, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016),

¹³⁶ “Tekman İlçe Sağlık Ocağında doktor olarak görevli olan sanığın ayrımcılık yaparak Kürt kimlikli hastalara aşağılayıcı konuşmalar yaptığı, 12.5.1999 günü güvenlik kuvvetleriyle bölücü teröristler arasında çıkan çatışmada şehit düşen güvenlik gücü mensuplarıyla ölü ele geçirilen teröristlerin cesetleri sağlık ocağına getirilirken, ruhsatlı tabancasını ocağın önünde toplanmış olan topluluğa doğrultarak 'pis Kürtler, sizin hepinizi öldürmek gerek, şerefsiz Kürtler, hepiniz öldürülmeye layıksınız' gibi sözlerle halkın bir bölümünü diğerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği; nefret yayan, çatışmaya kışkırtan ve şiddet kullanmaya davet eden bu ifadelerin duyarlı durumda bulunan bir topluluk önünde sarf edilmiş olması sebebiyle kamu düzeni için somut bir tehlike oluşturması karşısında...” Yarg. 8. C.D., 2003/6702, 2004/5969 K., 29.06.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016),

“Dava konusu yazı bütün olarak incelendiğinde, özellikle 'düşmanlarımız şimdi köpek gibi titremenin eşiğinde bizi bekliyorlar, Allah'ın müntahkim ismi hürmetine bizleri intikamına memur ettiğinin görev bilinci içinde onlardan 75 senenin hesabını sormaya geliyoruz. Makam ve mevkiin ne olursa olsun büyük taarruzun hesabını şimdiden yapmandır, onların çevirdikleri dolapları; halka faş etmendir, yiyeceğini, giyeceğini olağanüstü şartlara göre hazırlamandır. Kahır ve korku bilimum münafık ve kafirlerin üzerine yapacaklar ya Allah yolunda ölüp şehit olacaksınız veya gazi olacaksınız. Kayıp bunun neresinde, hazır ol sefere, sıkı durun son darbeye hazırlanıyoruz.', 'Paşa amcalarınız da sizi kurtaramayacak, işgalcilere bu topraklardan atmadan yaptıkları zulumlerin hesabını sormadan şeriatın kılıcını kellelerine çalmadan durmayacağız, bugüne kadar analarımızı, bacılarımızı ağlatanların anaları, bacılarını ağlatmaya geliyoruz' gibi ibarelerin kamu düzeni için tehlike olabilecek şekilde halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik niteliğinde bulunduğu anlaşılmışa göre, yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine, tetkik olunan dosya münderecatına göre sanık vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi ONANMASINA...” Yarg. 8. C.D., 2003/3709, 2004/3913 K., 28.04.2004,

Diğer yandan Yargıtay'ın, suçun oluşmasını salt “*şiddete tahrik*” kapsamında ele almasını doğru bulmamaktayız. Zira “*kin ve düşmanlığa tahrik*” ile “*şiddete tahrik*” fiilleri, aynı kapsamda yorumlanamayacak ölçüde farklılık arz etmektedir. Eğer, “*şiddete tahrik*” kavramı ile psikolojik anlamda değil de fiziksel anlamda, bir başka ifadeyle kasten öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme, cinsel taciz ya da saldırı vs. gibi suç teşkil eden fiillerin işlenmesine yönelik bir tahrik ölçü alınıyorsa, şiddete tahrik etmeyen ancak kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike yaratabilecek “*kin ve düşmanlığa tahrik*” fiillerinin cezalandırılmaması şeklinde bir sonuçla karşılaşılabilir. Zira kanun metninde sayılan özelliklere sahip halk kesiminin dışlanması, ayrımcılık yapılması yahut toplumdaki sorunların veya suçların temel nedeni olarak gösterilmeleri ve bu hususta halkın diğer kesiminde yoğun bir psikolojik etki yaratılması gibi “*kin ve düşmanlığa tahrik*” niteliğindeki fiillerin muhatabı olmaları¹³⁷ ve bunun sonucunda kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması da mümkün olabilir. Bir diğer ifadeyle, halkın bir kesimine karşı, toplumsal yahut ekonomik bir takım davranışlarda bulunulması yönündeki tahrikler de “*kin ve düşmanlık*” kapsamında değerlendirilebilir¹³⁸. Bu anlamda biz, her kin ve düşmanlığa tahrikin “*şiddet*” bir başka ifadeyle “*suç teşkil eden*” fiillerin işlenmesine yönelik bir tahriki içermek zorunda olmadığı kanaatindeyiz. Zira bir ifade şeklinin düşünceyi ifade özgürlüğü hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi ve toplumsal tahammül göstermek zorunluluğu kapsamında kalması başka, bu sınırı aşırıp kamu güvenliği bakımından açık ve yakın tehlike yaratması hususları başka hukuki meseleleri oluşturmaktadır. Düşünceyi ifade özgürlüğüne olabildiğince geniş bir alan açılması görüşünde olmakla birlikte, Yargıtay'ın, suç teşkil eden fiilin,

“*Sanığın, Genel Yerel Seçimler nedeniyle Kırıkkale ilinde 14 Mart 1993'de yaptığı konuşmada; Ulusal Kurtuluş Savaşından sonra başlayan Lozan sürecinde Türkiye yararına yapılan faaliyetleri ve imzalanan anlaşmayı ihanet olarak niteleyip; Cumhuriyet Yönetimini hasım yönetim olarak göstermeye çalışarak, Demokratik Laik Cumhuriyet rejimini de kendisi gibi düşünenlerin rejimi olmadığını belirtip, hilafetin kaldırılması kararını veren ve Cumhuriyeti kuran kadroları ve Meclisi aşağılayarak Devrimlere karşı olan tarikat şeyhlerinin faaliyetlerini övüp, ülkedeki insanları kendi dini görüşü ve inancı doğrultusunda ve yoğunluğunda inanca sahip olanlarla olmayanlar biçiminde ayrıma tabi tutarak şeriat kurallarının egemen kılınmasından yana olanların iktidarı ele geçirmeleri durumunda, karşı düşüncedekileri öldüreceklerini belirtip, cihat çağrısında bulunarak halkı, din ve inanç farklılığı gözeterek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmek suretiyle TCK.nun 312/2. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu işlemiş olduğu...*” **Yarg. 8. C.D., 1999/1140E., 1999/3117 K., 10.03.1999.** (Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın bu kararında suçun oluşması bakımından işlenmesi gereken tipik fiil işlenmemiştir. Zira burada halkın, din farklılığına dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi değil, inanların inanmayanlara karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi söz konusudur. Karara yer vermemizin nedeni, davaya konu olan ifadelerin, kin ve düşmanlığa tahrik niteliği taşıması nedeniyle örnek teşkil edebilmesidir.)

¹³⁷ Belirtmek gerekir ki, yabancıların örgütlü suçlardaki oranına ilişkin bir araştırma raporunun düzenlenmesinde olduğu gibi, sadece gerçeklerin açıklanması için bir takım objektif ifadeler kullanmak, belirli topluluklara karşı düşmanlık yaratmaya elverişli olsa bile, “*kin ve düşmanlığa/nefrete tahrik*” olarak değerlendirilmez. **SCHÖNKE/SCHRÖDER**, s. 1527.

¹³⁸ **ÖNDER**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 275.

kararlarında kendisinin de istikrar göstermediği İHAM'nin “*şiddete tahrik*” ölçütünü benimsemesini ve suçun başka türlü oluşmayacağı yönündeki kanaatini doğru bulmamaktayız¹³⁹. Kaldı ki İHAM, önüne gelen davalarda ceza hukuku tekniği ve ilkeleri bakımından da bir değerlendirme yapmamaktadır. Burada ulusal mahkemelerin titizlikle üzerinde durmaları gereken husus, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” hali ve somut olayda bu şartın gerektirdiği sıkı koşulların oluşup oluşmadığıdır. Bu anlamda, suç tipinde yer alan kurumların doğru bir şekilde yorumlanması, düşünceyi ifade özgürlüğünün korunması yanında, suç tipinin genişletilip daraltılması keyfiyetini de engelleyecektir.

Düşmanlık sözcüğü kapsamında ele alınan “*husumet beslenen konuya karşı düşünerek tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu*” açıklamasında yer alan “*zarar verme*” tanımının ise, salt “*şiddete (suça) tahriki*” ifade ettiğini düşünsek bile, nefret suçları ve söylemine ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda da belirttiğimiz üzere, nefrete, kanunumuzun terminolojisi ile kin ve düşmanlığa tahrik ya da aşağılamaya maruz kalan halk kesimlerinin ve toplumsal ölçekte kamunun bu fiiller neticesinde karşılaştıkları zararlar, “*zarar*” ibaresinin salt “*şiddet*” olarak yorumlanmasını engelleyecek kadar geniştir. Bu kapsamda yukarıda da belirttiğimiz üzere ve birçok batı hukukundaki düzenlemeleri de göz önünde bulundurarak, madde metninin, “*kin ve düşmanlığa veya suç işlenmesine alenen tahrikte bulunan kimse*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

g. Aleniyet

“*Aleniyet*” kelimesi sözlükte “*Bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması*”¹⁴⁰, “*açıklık*”, “*aleni*” kelimesi ise, “*açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan*”¹⁴¹ olarak ifade edilmiştir.

Halk dilinde ise aleniyet, gizlilik sözcüğünün karşıtı olarak ve açık olma durumunu belirtmek için kullanılan bir sözcük olup, herkesin gözü önünde, herkesin içinde gizlenmeden gerçekleştirilen fiiller olarak algılanmaktadır¹⁴².

¹³⁹ Ayrıca bkz. **Soulas ve Diğerleri v. Fransa**, Başvuru No: 15948/03, 10.07.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016), s. 287.

¹⁴⁰ **Sami, Şemsettin**, Kamus-ı Türkî, s. 946; **Ayverdi, İlhan**, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lügatı, s.100.,

¹⁴¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

¹⁴² **GÜLSEREN, Fehmi, Şener**, Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı, LAÜSBD (V:I), Haziran 2014, s. 33.

Ceza hukuku terminolojisi bakımından ise aleniyet, gerek sözcük ve gerek ise halk dilinde kullanıldığından daha teknik ve yoruma muhtaç bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde değineceğimiz üzere, bir fiilin ne zaman “*alenen*” işlenmiş sayılacağı hususu, kimi zaman kolaylıkla çözülebilecek bir mevzu olmamaktadır.

Türk Ceza Mevzuatı bakımından, aleniyetin hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku boyutunun olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira “*aleniyet*” ceza muhakemesi hukukunda “*Aleniyet İlkesi*” olarak karşımıza çıkmaktayken, maddi ceza hukukunda, bir suçun temel ya da nitelikli halinin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için zorunlu olarak bulunması gereken “*suçun unsuru*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda “*Aleniyet İlkesi*”, duruşma aşaması ve hükmün açıklanması sırasında, muhakeme işlemlerinde, bu işlemler gerçekleştirilirken bulunması zorunlu olanlar dışındaki kişilerin de bulunabilmesini ve bu işlemleri izleyebilmeleri anlamına gelmektedir. Aleniyet ilkesi, hem fiziksel koşulların elverdiği ölçüde herkesin duruşma salonunda dinleyici olarak bulunabilmesine (doğrudan aleniyet) hem de duruşma salonunda bulunan kişilerin görüp duyduklarını duruşma dışında açıklayabilmesine (dolaylı aleniyet) olanak tanır¹⁴³.

Maddi ceza hukuku bakımından ise aleniyetin iki çeşit fonksiyonu bulunmaktadır. Bu fonksiyonlardan ilki, aleniyetin suçun temel unsuru ikincisi ise suçun cezasını artıran nitelikli unsuru olması halidir¹⁴⁴.

5237 sayılı TCK’nda “*aleniyet*” kavramının tanımı yapılmamış olmakla birlikte, intihara yönlendirme suçunun düzenlendiği 84. ve hakaret suçunun düzenlendiği 125. maddelerin gerekçesinde, “*aleniyet için aranan temel ölçütün, fiilin gerçekleştirildiği*

¹⁴³ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2015, s. 682, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 887, 888, YENİDÜNYA, Caner, İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2016, s. 544, 545.

¹⁴⁴ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 142, SANCAR YALÇIN, Türkan, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK. m. 159/1), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 170,

Aleniyetin suçun temel unsuru olarak düzenlendiği suç tipleri, İntihara Yönlendirme (m.84/3), Kişinin Hatırasına Hakaret (TCK m. 130), Haberleşmenin Gizliliğini İhlal (m.132/3), Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma (m.190/2), Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit (m. 213/1), Suç İşlemeye Tahrik (m. 214/1), Suçu ve Suçluyu Övme (m. 215), Kanunlara Uymamaya Tahrik (m.217), Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma (m.219), Hayâsızca Hareketler (m.225), Müstehcenlik (m.226/1(b)), Özel İşaret ve Kıyafetleri Usulsüz Kullanma (m.264/1), Gizliliğin ihlali (m. 285/1,3), Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs (m.288), Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama (m.300), Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama (m.301), Yabancı Devlet Bayrağına Karşı Hakaret (m.341/1), Aleniyetin suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak düzenlendiği suç tipleri, Hakaret (m. 125/4), Cumhurbaşkanına Hakaret (m.299/2), Askerleri İtaatsizliğe Teşvik (m. 319/2)

koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması” olduğu ifade edilmiştir.

Hayâsızca hareketler başlıklı 225. maddenin gerekçesinde de, “*aleniyet için aranan ölçüt, gerçekleştiği koşullar itibarıyla, fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır*” ifadelerine yer verilmiştir.

765 sayılı TCK döneminde ise, aleniyet yine tartışmalı bir kavram olmuştur. Zira 765 sayılı TCK’nun 153. maddesinin 4. fıkrasında (askerleri itaatsizliğe tahrik suçu) aleniyetin tanımı yapılmış olmakla birlikte, bu tanıma, kanunun genel hükümler kısmında değil de 153. maddesinde yer verilmiş olması, aleniyetin yer aldığı tüm suçlar bakımından geçerli bir tanım olup olmadığı hususunda, doktrinde ve yargı kararlarında çeşitli tartışmalara yol açmıştır¹⁴⁵.

Gerek yargı kararlarında ve gerek ise doktrinde, “*aleniyet*” kavramının anlamını tanımlama çabaları, özellikle ceza hukukunun yaptırım araçlarının kişinin hak ve özgürlükleriyle oldukça ilişkili olması bakımından, önem arz etmektedir. Zira “*aleniyet*”e verilecek anlam ve kavramın hukuki nitelik bakımından nasıl değerlendirileceği, işlenen fiilin suç teşkil edip etmemesi, cezalandırılıp cezalandırılmaması yahut daha ağır bir ceza ile karşılanıp karşılanmaması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, kavramın sınırlarının ve hukuki niteliğinin net bir şekilde ortaya koyulması gerekliliğinin bir sonucu olarak, “*aleniyet*” kavramı değişik açılardan incelenmiştir.

Bazı hallerde fiilin işlendiği yer ön planda tutulmak ve bu yere herkesin girebilme ihtimalinin olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılırken (yer bakımından), bazı hallerde de belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilme imkânının olup olmadığı (kişi bakımından) aleniyetin kabulünde esas alınmıştır¹⁴⁶.

¹⁴⁵ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004, s. 310, BAYRAKTAR, s. 174 vd., GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 164 vd., SANCAR YALÇIN, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK. m. 159/1), s. 170-172, KIYAK, Fahrettin, Ceza Kanunu Tatbikatında Aleniyet, ABD, s. 4-5, 1959, s. 192 vd., Yargıtay’a göre, “Anılan düzenlemedeki ‘... Ceza Kanununun tatbikinde...’ ibaresi, normun TCK.nun 312. maddesi yönünden de geçerliliğini göstermektedir.” YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015).

¹⁴⁶ ÖNDER, s. 283, 368 vd.

Bu kapsamda bir tanıma göre aleniyet, fiilin birden fazla kimsenin huzurunda işlenmesidir. Bu görüşü savunanlara göre, umuma/kamuya açık olmayan, belirli kişilerin girmesine müsaade edilen yerlerde de aleniyetin gerçekleşmesi mümkündür¹⁴⁷.

Bir diğer görüşe göre ise aleniyet, kalabalık sayıda kimselerin, fiilden haberdar olmalarını mümkün kılan her hangi elverişli bir vasitanın kullanılması halinde mevcut sayılır¹⁴⁸. Hareketin, sokak, park, bir evin balkonu gibi herkese açık bir yerde ya da gazete, radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilmesi halinde aleniyetin varlığının kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır¹⁴⁹.

Diğer bazı yazarlara göre ise, aleniyetin mevcut olup olmadığına ilişkin olarak, hayâsızca hareketler suçundaki yaklaşım tarzı kabul edilmeli ve fiilin, genel/umumi bir yerde işlenmesi halinde ister gece ister gündüz olsun aleniyetin var olduğunu kabul etmek gerekir. Yine tramvay, otobüs gibi genel taşıt araçlarında işlenmiş bulunan suçlar açısından da aleniyetin gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir¹⁵⁰.

Diğer yandan, aleniyet kavramının belirsiz bir topluluğu, kalabalığı işaret etmesinden dolayı özü bakımından aleniyetin gerçekleşmesine elverişli yerlerde, söz konusu kalabalığın ya da topluluğun bulunmaması halinde bu yerlerin, “aleniyetin” gerçekleşmesine uygun olmadığını ifade edenler de olmuştur¹⁵¹. Aynı yönde bakış açısını, bir kimsenin birçok kereler evinin penceresi önünde caddeden geçenler tarafından görülebilecek bir şekilde çıplak olarak durması halinde aleniyetin gerçekleştiği, fakat başkalarının algılama imkânı olmayan bir ormanda, tahrik fiilinin işlenmesi yahut hayâsızca bir hareketin yapılması halinde gerçekleşmemiş olduğu örneğinden yola çıkan yazarlar da ifade etmiştir. Böylece bu yazarlara göre de yalnızca yerin umuma açık olmasından hareketle fiilin alenen işlendiği sonucuna varılamaz¹⁵².

Yargıtay’a göre ise, aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi ve herkes tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın

¹⁴⁷ EREM, Faruk, TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, AÜHFY No: 312, Ankara, 1973, s.250, EREM, Faruk, Suç İşlemeye Tahrik, s. 1134, 1135.

¹⁴⁸ ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Cürümleri, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950, s. 170.

¹⁴⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 449.

¹⁵⁰ DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 167, 169, DÖNMEZER, Sulhi, Matbuat Suçları, s. 29

¹⁵¹ CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s. 108.

¹⁵² GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 148.

herkese açık olan yerlerde işlenmesi gerekmektedir¹⁵³. Bu kapsamda Yargıtay'ın bir yandan aleniyetin ancak umuma/kamuya açık alanlarda gerçekleşebileceğini diğer yandan ise, suçun işlendiği mahalde başkalarının bulunmasının gerekliliği üzerinde durmaktadır.

Bu kapsamda Yargıtay'ın evde¹⁵⁴, evin yatak odasında¹⁵⁵, apartman içerisinde¹⁵⁶, apartman merdivenlerinde¹⁵⁷, ahırda¹⁵⁸, baro odasında¹⁵⁹, cumhuriyet savcısının odasında¹⁶⁰, doktorun hastanedeki muayene odasında¹⁶¹, ofiste¹⁶², okul müdürünün odasında¹⁶³, ceza infaz kurumu¹⁶⁴ ve karakolun¹⁶⁵ belli kısımlarında, araç içerisinde¹⁶⁶ ve

¹⁵³ Yarg. 18. C.D., 2015/8466 E., 2015/11478 K., 18.11.2015, Yarg. 18. C.D., 2015/7213 E., 2015/11912 K., 25.11.2015, Yarg. 18. C.D., 2015/1449 E., 2015/6946 K., 08.10.2015, Yarg. 2. C.D., 2014/34912 E., 2014/29849 K., 11.12.2014, Yarg. 4. C.D., 2013/38442 E., 2014/33143 K., 17.11.2014, Yarg. 4. CD., 2008/23287, 2011/4523, 05.04.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 07.02.2016).

Ancak Yargıtay bazı kararlarında sadece yer bakımından aleniyeti esas alabilmektedir:

“Olayın Ç.. kasabası S.. Mahallesi'nde kolluk tarafından sabit uygulama yapıldığı sırada gerçekleştiğinin anlaşılması, olay yerinin mahiyeti gereği aleni olan, herkesin hiçbir kayıt ve şart aranmaksızın serbestçe gelip geçtiği yerlerden olması karşısında, aleniyet unsurunun gerçekleştiği gözetilmeksizin sanık hakkında eksik ceza tayin olunması...” Yarg. 4. CD., 2012/17302 E., 2014/143 K., 13.01.2014,

“Sanıklar hakkında görevliye hakaret suçundan TCY'nın 125/1-3 a maddesi gereğince verilen cezalar, suçların işlendiği trafik kontrolünün yapıldığı karayolunun aleni olmasına karşın TCY'nın 125/4. maddesi ile artırılmayarak eksik ceza belirlenmiş ise de, karşı temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı...” Yarg. 4. CD., 2009/20573 E., 2009/18198 K., 09.11.2009, YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 286, Ankara, 2015, s. 75,

¹⁵⁴ Yarg. 4. C.D., 2013/10946 E., 2015/24987 K., 20.03.2015,

Benzer kararlar için bkz. Yarg. 5. C.D., 2013/5532 E., 2014/11465 K., 25.11.2014, Yarg. 15. CD., 2012/6638, 2012/40975, 10.09.2012, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 07.02.2016).

¹⁵⁵ Yarg. 2. CD., 2010/30439 E., 2012/18262 K., 04.07.2012. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 07.02.2016).

¹⁵⁶ Yarg. 4. C.D., 2015/5983 E., 2015/28508 K., 07.05.2015,

Benzer kararlar için bkz. Yarg. 5. C.D., 2013/6434 E., 2014/10756 K., 11.11.2014, Yarg. 2. CD., 17.09.2012, 2010/34178, 2012/40949, Yarg. 2. CD., 06.12.2010, 2009/27421, 2010/32789, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 08.02.2016).

¹⁵⁷ Yarg. 4. C.D., 2015/5983 E., 2015/28508 K., 07.05.2015. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 08.02.2016).

¹⁵⁸ Yarg. 4. C.D., 2013/20692 E., 2015/35435 K., 13.10.2015. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 08.02.2016).

¹⁵⁹ Yarg. 9. C.D., 2013/14908 E., 2014/8838 K., 08.09.2014. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 08.02.2016).

¹⁶⁰ Yarg. 18. C.D., 2015/9034 E., 2015/6786 K., 07.10.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/14449 E., 2014/32555 K., 11.11.2014.

¹⁶¹ Yarg. 4. C.D., 2013/33526 E., 2015/37006 K., 25.12.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 09.02.2016).

¹⁶² Yarg. 4. C.D., 2013/11693 E., 2015/24878 K., 19.03.2015. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 09.02.2016).

¹⁶³ Yarg. 4. C.D., 2013/2917 E., 2014/16181 K., 12.05.2014. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 09.02.2015).

¹⁶⁴ Yarg. 2. C.D., 2014/34912 E., 2014/29849 K., 11.12.2014,

Benzer kararlar için bkz. Yarg. 23. C.D., 2015/15114 E., 2015/6580 K., 12.11.2015, Yarg. 5. C.D., 2014/1427 E., 2014/5003 K., 05.05.2014, Yarg. 2. C.D., 2014/10695 E., 2014/9246 K., 03.04.2014, Yarg. 4. C.D., 2012/34680 E., 2014/20580 K., 05.06.2014, Yarg. 4. C.D., 2013/2971 E., 2014/11802 K., 14.04.2014, Yarg. 4. C.D., 2013/2566 E., 2014/16711 K., 14.05.2014, Yarg. 2. C.D., 2012/13066 E., 2013/30959 K., 24.12.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 09.02.2016).

¹⁶⁵ Yarg. 18. C.D., 2015/9668 E., 2015/12254 K., 30.11.2015,

Benzer kararlar için bkz. Yarg. 2. C.D., 2014/18890 E., 2015/22123 K., 01.12.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/37394 E., 2015/2256 K., 27.01.2015, Yarg. 5. C.D., 2013/4191 E., 2015/602 K., 12.01.2015, Yarg. 5. C.D., 2013/12797 E., 2015/12328 K., 08.12.2014, Yarg. 5. C.D., 2013/10434 E., 2014/12008 K., 02.12.2014, Yarg. 5. C.D., 2013/8723 E., 2014/11062 K., 18.11.2014, Yarg. 4. CD., 2008/9037, 2010/5667, 30.03.2010.

dilekçe ile¹⁶⁷ işlenen fiiller bakımından aleniyetin gerçekleşmediğini kabul ettiğini ifade etmek mümkündür. Adliye koridorunda¹⁶⁸, yol veya caddede¹⁶⁹, ormanda¹⁷⁰, yanından yol geçen bahçe içinde¹⁷¹, polis merkezi bekleme salonunda¹⁷², karakolun önünde¹⁷³, kahvehanede¹⁷⁴, hayvan pazarında¹⁷⁵, parti il yönetimine verilen yazıda¹⁷⁶ ve açık yapılan duruşmada¹⁷⁷ işlenen fiiller bakımından ise aleniyetin oluştuğunu kabul etmektedir.

Diğer yandan, aleniyet, ihtilat kavramından farklı anlama gelmektedir. İhtilat, gıyapta hakaret (TCK m. 125) ve kişinin hatırasına hakaret (TCK m. 130) suçlarında yer verilen bir kavram olup, toplu veya dağınık halde bulunan en az üç kişiyle görüşerek, onların, isnat edilen fiil ya da olguyu öğrenmelerini sağlamak suretiyle gerçekleşmektedir. Oysa aleniyette, en az üç kişi olmak gibi bir sınırlama olmaksızın, belirsiz sayıdaki üçüncü şahısların söz konusu fiili öğrenebilme imkânı yeterli olup, fiili algılamaları ya da vakıf olmaları gerekli değildir¹⁷⁸.

Yargıtay'a göre de ihtilat, fiilin başkaları tarafından duyulup, bilgi edinilecek şartlar içinde işlenmesidir. Aleniyette ise esas olan şey suçun başkaları tarafından görülüp işitilebilecek surette işlenmesidir. İhtilat unsurunda hedef, saldırılan kişilerce duyulması ve

¹⁶⁶ Yarg. 5. C.D., 2013/8799 E., 2014/11688 K., 27.11.2014,

Benzer kararlar için bkz. Yarg. 5. C.D., 2013/9009 E., 2014/11350 K., 24.11.2014, Yarg. 5. C.D., 2013/7334 E., 2014/10885 K., 13.11.2014. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 12.02.2016).

¹⁶⁷ Yarg. 4. C.D., 2014/7264 E., 2014/33779 K., 24.11.2014, Yarg.9.CD., 2006/9252, 2007/5081, 07.06.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 12.02.2016).

¹⁶⁸ Yarg. 4. CD., 2008/19123, 2010/18894, 09.11.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 12.02.2016).

¹⁶⁹ Yarg. 18. C.D., 2015/5658 E., 2015/6384 K., 01.10.2015,

Benzer kararlar için bkz. Yarg. 5. C.D., 2013/4862 E., 2014/10682 K., 10.11.2014, Yarg. 4. C.D., 2015/2323 E., 2015/25907 K., 03.04.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/5385 E., 2015/24426 K., 12.03.2015, Yarg. 5. C.D., 2013/9198 E., 2014/11410 K., 24.11.2014, Yarg. 4. CD., 2009/17289 E., 2011/21920 K., 22.11.2011, Yarg. 5. C.D., 2013/8019 E., 2014/11149 K., 18.11.2014, Yarg. 2. CD., 2010/8139 E., 2012/3390 K., 16.02.2012, Yarg. 8. C.D., 2008/5295 E., 2010/5826 K., 13.04.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷⁰ Yarg. 18. C.D., 2015/10844 E., 2015/10654 K., 10.11.2015, Yarg. 2. CD., 2008/10324 E., 2008/20231 K., 26.11.2008. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷¹ Yarg. 2. CD., 2010/36145 E., 2012/41663 K., 24.09.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷² Yarg. 15. CD., 2012/7689 E., 2012/41431 K., 17.09.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷³ Yarg. 5. C.D., 2013/7180 E., 2014/11620 K., 26.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷⁴ Yarg. 3. C.D., 2015/13528 E., 2015/31383 K., 09.11.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷⁵ Yarg. 4. C.D., 2012/28434 E., 2014/1590 K., 22.01.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷⁶ YCGK, 2007/9-69 E., 2007/99 K., 17.04.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷⁷ Yarg. 4. C.D., 2013/35994 E., 2014/33100 K., 17.11.2014, Yarg. 4. C.D., 2013/3677 E., 2014/5291 K., 19.02.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 436, 437, 449.

bilgi edinilmesi olduğu halde aleniyette, umumi bir yerde işlenen fiilin başkaları tarafından görülüp işitilmesi şart olmayıp, görülüp işitilebilir olması yeterli sayılır¹⁷⁹.

aa. Aleniyetin Tespiti

aaa. Fiilin İşlendiği Yer

765 sayılı TCK'nun 153. maddesinde, hareketin yapıldığı yer bakımından fiilin aleni olarak işlenmiş sayılmasının koşullarından biri, *“umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda”* diğeri ise, *“toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada”* işlenmesiydi. Zira bu düzenlemeye göre fiil,

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 itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanunu'nun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılmaktaydı¹⁸⁰.

Bu dönemde umumi mahaller üçe ayrılarak tespit edilmeye çalışılmıştır. Buna göre, *“mahiyeti itibariyle umumi mahaller”*, yollar, meydanlar, gezinti yerleri gibi herkesin, istediği zaman, izin almaksızın ve hiçbir şarta bağlı olmaksızın girebileceği yerler olarak tanımlanmıştır. *“Tahsisleri itibariyle umumi olan mahaller”*, tiyatro, okul, sinema binası ya da cami gibi, mutlak yahut kayıtsız olarak herkesin çağrılabilceği veya bazı genel şartların yerine getirilmesiyle dâhil olunabilecek yerlerdir. Bu gibi yerlerde aleniyetin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, fiilin, bu yerlerin halka açık olduğu saatlerde gerçekleşmesi gerekir. *“Tesadüfen, arızı olan umumi mahaller”*, mağaza, dükkânlar, hapishaneler gibi aleniyetlerini üçüncü kişilerin arızı huzurlarıyla kazanan yerlerdir. *“Hususi (Özel) mahaller”* ise, kapısı açık bir yerde ya da sokak kenarındaki bahçede yüksek sesle ya da başkalarının duyabileceği şekilde konuşulması örneğinde olduğu gibi *“umumi bir mahalle komşu olan ve burada bulunan kimselerin kolayca dâhil olabilecekleri hususi mahaller”*, müşterek olarak ikamet edilen bir binanın müşterek avlu, merdiven,

¹⁷⁹ YCGK, 1983/482 E., 1983/18 K, 31.01.1983, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁸⁰ 765 sayılı TCK'ndaki düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 175 vd.

bahçe, taraçası gibi “diğer hususi mahallerde bulunanların içini görebilecekleri hususi mahaller”¹⁸¹ olarak belirlenmiştir.

Söz konusu maddenin düzenleniş şekli bakımından dikkat çeken husus, suçun alenen işlenmiş sayılabilmesi için, suç teşkil eden fiilin umumi ya da umuma açık bir yerde ve aynı zamanda birden çok kimse huzurunda işlenmesi gerektiğidir. Böylece, suçun alenen işlendiğinin kabul edilebilmesi için fiilin en az iki kişinin huzurunda işlenmiş olmasının zaruri olduğu ve dolayısıyla, bu kişilerin suçun işlendiği sırada olay yerinde bulunmasının yeterli olmayıp aynı zamanda fiili görmeleri, duymaları gerektiği ifade edilmiştir¹⁸². Diğer bir görüş ise, fiilin, başkaları tarafından görülüp görülmediği, görülebilme imkânının olup olmadığı önemli olmaksızın, genel/umumi bir yerde işlenmesi halinde ister gece ister gündüz olsun aleniyetin var olduğunu kabul etmenin gerekeceğini ifade etmiştir¹⁸³.

5237 sayılı TCK’da ise “umumi veya umuma açık bir mahal” veya “toplaniılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtima” kıstasına yer verilmemiş olmakla birlikte, 84., 125. ve 225. maddelerin gerekçesinde “fiilin gerçekleştiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olma” kıstasına yer verilmiştir.

Bu anlamda, yollar, meydanlar gibi yerlerin kendisi, özü, niteliği bakımından tereddütsüz olarak aleniyet kavramının yer bakımından gerçekleşmesinde söz konusu olmaktaysa da¹⁸⁴ 5237 sayılı TCK bakımından, aleniyetin gerçekleşmiş sayılabilmesi için fiilin mutlaka umumi veya umuma açık bir mahalde işlenmiş olmasının gerekmediğinin ortaya çıktığı savunulmuştur. Zira bu görüşe göre önemli olan husus, umumi nitelikte olsun ya da olmasın, fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır¹⁸⁵. Bir başka ifadeyle, fiilin işlendiği yerin umuma açık olması, o fiilin alenen işlendiği anlamına gelmemektedir. Zira aleniyetin gerçekleşmesi bakımından önemli olan husus, işlenen fiilin üçüncü kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır. Aynı şekilde,

¹⁸¹ DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 167 vd., YARSUVAT, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, s. 163, SANCAR YALÇIN, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK. m. 159/1, s. 173, 174.

¹⁸² YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, s. 7.

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, Beşinci Bası, İstanbul 1983, s. 167 vd., YARSUVAT, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, s. 163.

¹⁸³ DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 167, 169, DÖNMEZER, Matbuat Suçları, s. 29.

¹⁸⁴ CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrir Suçu (TCK m.312), s.108.

¹⁸⁵ PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt, Madde 146-222, Seçkin, Yayıncılık Ankara, 2008, s. 3168.

girilmesi belli şartların sağlanmasına bağlı olan yerlerin de aleni olmadığını peşinen kabul etmek doğru değildir¹⁸⁶. Zira umumi ya da umuma açık yerler, kişilerin, önceden bir izin almaksızın girmekte serbest oldukları yerler olmakla birlikte, güvenlik amacıyla yapılan denetimler yahut bu yerlere girmenin belli bir ücret ödemek şartına bağlanması, o yerin umumi ya da umuma açık niteliğini etkilemeyecektir¹⁸⁷.

Şu halde, fiil umumi/kamuya açık bir yerde işlenmemiş olsa bile, sayısı belirli olmayan ve birden fazla kişinin, bu fiili görme ya da işitebilme ihtimali yeterli olmaktadır¹⁸⁸. Yerin niteliği aleniyetin kabulü bakımından önemsiz olduğu gibi, özel bir yer de aleniyet unsurunun gerçekleşmesine müsait olabilir. Önemli olan eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir nitelikte bulunmasıdır¹⁸⁹. Bu anlamda, bir yere girmenin belli koşullara bağlı olduğu yahut belli özelliklere sahip olmayı gerektirdiği haller, o yerin aleni olma özelliğini ortadan kaldırdığı anlamına gelmez¹⁹⁰. Diğer yandan, herkese açık olmakla birlikte, bir takım tedbirlerin alınması nedeniyle kapatılan, giriş çıkışı engellenen ve ancak belirli kişilerin girip çıkabildiği yerler bakımından aleniyetin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir¹⁹¹.

Kanaatimizce de 5237 sayılı Kanun bakımından kanun koyucunun aleniyetin gerçekleşmesi hususunda temel aldığı ölçüt, fiilin algılanabilme imkânıdır. Zira kanun koyucu yukarıda ifade ettiğimiz madde gerekçelerinde, fiilin işlendiği yer bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiş, “*fiilin gerçekleştirildiği koşullar itibariyle*” ibaresine yer vererek, söz konusu koşulların somut olayın özelliklerine göre değişebileceğini kabul etmiştir. Kanun koyucu bu kapsamda işlenen fiil bakımından dikkat edilecek ilk ve en önemli hususun, “*belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması*” olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle suç tipinde aleniyetin yer aldığı hallerde, fiilin kamuya açık bir alanda işlenmiş olması o fiilin peşinen “*alenen*” işlendiği anlamına

¹⁸⁶ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrir Cürmü (TCK m.312/2), s. 148,151.

¹⁸⁷ YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, s. 6, 7.

¹⁸⁸ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3168.

¹⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 494, ARTUK, M. Emin, ALŞAHİN, M. Emin., Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:1, İstanbul 2014, s. 995 Ancak Yargıtay, kapalı mekanlar bakımından, burada bulunanların sayısını göz önünde bulundurmaksızın, işlenen fiilin aleni sayılmayacağı şeklinde kararlar vermiştir. KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 449.

¹⁹⁰ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrir Cürmü (TCK m.312/2), s. 151.

¹⁹¹ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa, Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 555, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 255.

gelmeyeceği gibi, kamuya açık olmayan yerlerde de “aleniyetin” gerçekleşmediği kabul edilemeyecektir.

Yargıtay, aleniyet bakımından, fiilin işlendiği yerin özelliklerinin somut olayda değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durmakla birlikte bazı hallerde bu görüşü ile çelişkili kararlar verebilmektedir. Zira örneğin adliye koridoru, mesai saatleri içerisinde aleniyetin kabul edilebileceği bir özellik arz etmekteyken, somut olayın koşullarına göre bu özelliğini kaybedebilir. Bu kapsamda, örneğin olayın gece 02:00 sıralarında meydana gelmesi, kanaatimizce adliye koridorunun “*aleni olma*” özelliğini etkileyebilir. Diğer yandan suçun, herkesin gitme imkânına sahip, kamuya açık bir yer olan ormanda işlenmesi de fiilin peşinen alenen işlendiği anlamına gelmemektedir¹⁹². Zira aşağıda açıklayacağımız üzere aleniyette önemli olan husus, o yerde belirsiz sayıda insanın soyut olarak bulunma imkân ve ihtimali değil, bizatihi bulunmaları ve fakat işlenen fiili algılamaları yahut dikkatlerini söz konusu olaya verselerdi algılayabilmeleridir. Bu nedenle Yargıtay’ın salt fiilin işlendiği yerin niteliğini göz önünde bulundurarak, fiilin alenen işlenmiş olduğunu kabul ettiği kararlarındaki görüşü benimsemediğimizi ifade etmemiz gerekmektedir.

Özel yerler bakımından ise, yine yerin niteliği göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapmanın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin, fiilin evin içinde gerçekleşmesi “aleniyet” unsurunun olmadığı yönünde bir ön kabule sebebiyet verebilirse de failin kastı kapsamında sokağa bakan açık pencereden bağırılması halinde, aleniyetin varlığının kabul edilmesi gerekebilir. Yine kamuya açık olmayan bir yerde yapılan toplantılar bakımından o toplantının mahiyeti, konusu, hangi kitleye yönelik olduğu veya herhangi bir şart gerçekleşmeksizin o toplantıya katılma imkânının bulunup bulunmadığı gibi hususlar değerlendirilmelidir. Yine toplantıya katılanlar arasında sıkı bir şahsi ilişkinin bulunup bulunmadığı, toplantının aleniyet özelliğine sahip olup olmadığı hususunda göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda, toplantıya girebilmek için giriş bileti alınması yahut başka mezheplere kapalı olan ve belli kategoride kişilerin katılabileceği dini bir toplantıda aleniyet mevcuttur. Ancak, burada da somut olayın özellikleri hâkim tarafından tespit edilip, aleniyetin olup olmadığına karar verilmelidir¹⁹³. Diğer yandan mitingler,

¹⁹² Bkz. s. 50.

¹⁹³ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 161, 163, 192,

“Manavgat Tarım İlçe Müdürlüğünde Manavgat Süt Üreticileri Birliği toplantısında meydana gelen hakaret eyleminde aleniyet ögesinin ne şekilde oluştuğu açıklanmadan TCK’nın 125/4. maddesi ile uygulama yapılması...” Yarg. 4. C.D., 2013/4700 E., 2014/22673 K., 23.06.2014,

gösteri yürüyüşleri, halkın toplanması vs. gibi kişiler bakımından aleniyetin tereddütsüz olarak oluştuğu toplulukların da var olduğu göz önünde bulundurulmalıdır¹⁹⁴.

bbb. Fiilin Belirli Olmayan ve Birden Fazla Kişiler Tarafından Algılanabilir Olması

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, hareketin yapıldığı yerin niteliği, aleniyetin gerçekleşmesi bakımından tek ölçüt olmadığından, aleniyet için önemli olan husus, hareketin algılanabilmesi imkânının bulunması olmaktadır¹⁹⁵.

Algılamak, bir olayı veya bir nesnenin varlığını duyu organlarıyla kavramak, idrak etmek anlamına gelmektedir¹⁹⁶. Bu kapsamda algılamak, söz konusu olay veya nesnenin ne olduğunu, neye işaret ettiğini anlamayı ifade etmektedir.

Aleniyetin, nicel bir özelliği bulunmamaktadır. Bu kapsamda algılama imkânının, “belirsiz” sayıda kişiler bakımından ortaya çıkması, aleniyetin tabii yapısından kaynaklanıyor olmakla birlikte, aslında her aleni hareketin de dış şartlar itibarıyla algılanabilirliğinin sınırlı olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu kapsamda örneğin tramvay ya da otobüste gerçekleşen olaylar bakımından, her ne kadar yolcuların sayısı zorunlu olarak sınırlı ise de fiili algılayabilecek insan sayısı belirsizdir¹⁹⁷. Birçok Avrupa düzenlemesinde de aleniyet, fiilin kamuya açık bir yerde veya belirsiz sayıda kişilere ulaşabilecek şekilde işlenmesini ifade ediyorsa da Macaristan Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karara göre, suçun kamunun önünde işlenmesinden kasıt, suçun işlendiği esnada olay mahallinde kalabalık bir grup insanın hazır bulunması ya da kalabalık bir insan grubunun bu suçu algılayabilme/öğrenebilme imkânının olmasıdır. Kalabalık insan grubu bakımından sayının belirsizliği ise, en az 20 ya da 30 kişiyi ifade etmektedir¹⁹⁸. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere bizim hukukumuzda bu şekilde bir sayısal sınır bulunmamakta ve

“Hakaret suçundan, 5237 sayılı TCK’nın 125/4. maddesinde ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi tarafından görülme, duyulma ve algılayabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, eylemin gerçekleştiği M..H.. E.. M..i’nde yapılan kooperatif genel kurulu toplantısında aleniyet unsurunun ne suretle oluştuğu tartışılıp açıklanmadan cezanın artırılması...” **Yarg. 4. C.D., 2013/2943 E., 2014/11800 K., 14.04.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com**, (Erişim Tarihi: 13.02.2016).

¹⁹⁴ **CİHAN**, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s.108, **CİHAN**, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, s. 173

¹⁹⁵ **ÖNDER**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 372, 373.

¹⁹⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

¹⁹⁷ **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 159.

¹⁹⁸ **EUROPEAN PARLEMENT STUDY**, The European Legal Framework on Hate Speech, Blasphemy and It’s Interaction with Freedom of Expression, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2015, s. 90, 259.

“belirsiz sayıda ve birden fazla kişiler tarafından algılanma imkânı” somut olayın koşullarına göre hâkim tarafından belirlenmektedir¹⁹⁹.

Diğer yandan, aleniyetin gerçekleşmesi bakımından, fiilin gerçekten algılanmış olmasının mı yoksa algılama imkânının mı yeterli olduğu hususlarının da tartışılmış olduğunu ifade etmek mümkündür. Aleniyetin varlığı için, işlenen fiili algılamayı gerekli gören yorum şekli, fiilin çok sayıda belirsiz kimse tarafından algılanabilme imkânının yanında en azından olaya iştirak etmemiş üçüncü bir kimse tarafından gerçekten algılanmış olması gerektiğini savunmuştur. Fakat söz konusu görüş, failin cezalandırılmasını tesadüfi bir hususa bağlaması ve fiili gerçekten algılamış olan kişinin şahitlik yapmaktan kaçınması ya da bu esnada olayı hatırlayamaması nedeniyle ispat güçlüklerinin ortaya çıkartması gerekçeleriyle eleştirilmiştir²⁰⁰.

Aleniyetin varlığı için algılama imkânını yeterli gören görüşler ise, fiilin işlendiği sırada çok sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânını yeterli görenler ve buna karşı çıkanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İlk görüşe göre örneğin, hayâsızca bir hareket, kimsenin geçmediği, fiilin işlendiği sırada da ıssız olan kırsaldaki bir yol üzerinde yapılırsa ve o sırada bir turist kafilesi o istikamette yola çıksa, fiil, söz konusu kafiledeki kişiler tarafından görülebilmeye imkânı dolayısıyla alenen işlenmiş kabul edilir. Zira fiilin işlendiği sırada gerçekten çok sayıda insanın orada bulunması gerekli olmayıp, bulunma imkânının olması yeterlidir. Aynı şekilde örneğin, umuma açık bir yolda kimse bulunmasa bile, fail yaptığı konuşma ile suçu ve suçluyu överse yahut kin ve düşmanlığa tahrik ederse, söz konusu suçlar oluşacaktır²⁰¹.

İkinci görüşe göre ise, aleniyet açısından aranan imkân, “soyut” nitelikte bir imkân değildir. Aksi takdirde aleniyetin kapsamı oldukça genişler. Bu nedenle algılama imkânından anlaşılması gereken, fiilin işlendiği sırada, bu fiile iştirak etmeyen kişilerin, söz konusu fiilleri algılayabilecek alan içinde bulunmalarındır. Böylece bu kişiler ya fiilin işlenişine muttali olmuşlardır ya da eğer dikkatlerini bu yöne yoğunlaştırmış olsalardı

¹⁹⁹ Madde gerekçelerinde geçen “birden fazla” ibaresinin aleniyetin tanımında kullanılmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Zira kanaatimizce aleniyet, niceliği itibarıyla hakkında tam bir bilgi edinilemeyen, ilk bakışta sayı olarak belirlenmesi mümkün olmayan sayıda bir kalabalığı, topluluğu işaret etmek suretiyle, elbette birden fazla kimseyi ihtiva etmektedir.

²⁰⁰ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 152, 153.

²⁰¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6045, 6070.

muttali olabilirlerdi. Bu nedenle eğer fiil, bahsi geçen koşullarda işlenmişse, alenen işlenmiş sayılacaktır²⁰².

Diğer yandan, algılamanın söz konusu olabilmesi için, fiilin işlenişine iştirak etmeksizin bu sırada hazır bulunan kişilerin, hareketin ya da açıklamanın mahiyetini ve içeriğini kavrayabilme imkânına sahip olmaları yeterli olmayıp, fiilin ve onun ifade ettiği anlamın kavranabilecek durumda da olması gerekir. Bu kapsamda fiilin, sağır kişilere, fiilin ne anlama geldiğini kavrama bilincine sahip olmayan yaştaki çocuklara yönelmesi yahut ne ifade ettiği kavranamayan yabancı bir dille işlenmesi halinde aleniyet söz konusu olmaz²⁰³.

Bu bilgiler ışığında, 5237 sayılı TCK'nun 84., 125. ve 225. maddelerinin gerekçelerinde, *“aleniyet için aranan temel ölçütün, fiilin gerçekleştirildiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması”* olduğunu ifade etmek suretiyle kanun koyucu, aleniyet bakımından temel ölçütü, belirli olmayan ve birden fazla kişilerin, işlenen fiili, duyu organlarıyla kavrama ve idrak etmesi imkânı olarak belirlemiştir. Algılamak, görmek veya duymak şeklinde olabilir. Şu halde, 5237 sayılı Kanun kapsamında aleniyetin gerçekleştiğinden söz edebilmek için, söz konusu fiilin kesin görülmüş veya duyulmuş olması şart olmayıp, görülebilir veya duyulabilir olması yeterlidir.

Yargıtay'a göre de suçun alenen işlenmesi, belirsiz sayıda kişilerin hakaret oluşturan sözü duymalarına olanak sağlamak suretiyle suçun işlenmesini ifade etmektedir. Failin, hakaret oluşturan sözün duyulması olanağını yaratmış olması yeterlidir. Söylenen sözün fiilen duyulmuş olup olmaması önemli değildir²⁰⁴.

²⁰² GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 155, 156.

²⁰³ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 156.

²⁰⁴ “Aleniyet, herkesin veya birçok kimsenin duyup görmesiyle değil, duyup görebilmek mümkün ve muhtemel olan yerlerde fiilin işlenmesidir”. YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005,

Benzer kararlar için bkz. Yarg. 15. C.D., 2015/8645 E., 2015/31012 K., 09.11.2015, Yarg. 15. C.D., 2015/9203 E., 2015/30982 K., 09.11.2015, Yarg. 15. C.D., 2013/17137 E., 2015/31159 K., 11.11.2015, Yarg. 15. C.D., 2015/14161 E., 2015/30838 K., 04.11.2015, Yarg. 15. C.D., 2015/7751 E., 2015/30580 K., 02.11.2015, Yarg. 15. C.D., 2013/29394 E., 2014/19528 K., 24.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:13.02.2016)

“TCK'nın 125/4. maddesinde ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi ve herkes tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, eylemin gerçekleştiği hastane yoğun bakım ünitesinde aleniyet ögesinin ne şekilde oluştuğu tartışılıp açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle cezanın anılan Kanun maddesi gereğince artırılması” Yarg. 18. C.D., 2015/8466 E., 2015/11478 K., 18.11.2015, Benzer kararlar için bkz. Yarg. 18. C.D., 2015/7213 E., 2015/11912 K., 25.11.2015, Yarg. 18. C.D., 2015/1449 E., 2015/6946 K., 08.10.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/38442 E., 2014/33143 K., 17.11.2014, Yarg. 4. C.D., 05.04.2011, 2008/23287, 2011/4523, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:13.02.2016)

Aleniyetten kasıt, belirsiz sayıda kişilerin eylemi görmeleri veya duymalarına olanak sağlayacak şekilde suçun işlenmesini ifade ettiğinden, umumi/genel bir yerde işlenen bir fiil bakımından aleniyetin kabul edilebilmesi için, fiilin işlendiği zaman, mevsim, failin almış olduğu tedbirler gibi kıstasların da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu anlamda bir yer umumi mahiyette dahi olsa, hâkimin her olayda, aleniyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması zaruridir²⁰⁵. Yargıtay da aleniyetin kabulü için, fiilin işlendiği koşulların aleni olup olmadığı hususunun somut olayın özelliklerine göre tartışılıp gerekçelendirilmesi gerektiği kanaatinde olmakla birlikte,²⁰⁶ yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, fiilin kamuya açık yerlerde işlenmesini, aleniyetin gerçekleşmesi bakımından yeterli gördüğü kararlar da verebilmektedir.

Bu açıklamalar kapsamında, bazı yerler özü bakımından aleni kabul edilebilseler bile, TCK'nun 216. maddesi bakımından, bu yerlerde belirsiz bir kalabalığın, topluluğun, kişiler grubunun olmaması halinde aleniyetin gerçekleştiğinden söz edilemez²⁰⁷. Diğer yandan, basın yahut yayın aracılığıyla işlenen tahrik fiillerin de aleniyet özelliğini taşıdığını ifade etmek gerekir. Zira basın ya da yayın yoluyla da bir suçun belirsiz sayıda kimse tarafından algılanabilmesi imkânı ortaya çıkmaktadır²⁰⁸.

²⁰⁵ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 370.

²⁰⁶ “Sanığın, katılana evinin önünde hakaret ettiğinin kabul edilmesi karşısında, sözlerin sarf edildiği yerin taraf beyanları ve tanık anlatımları ile tereddüte yer vermeyecek şekilde tespit edilerek, suçun aleniyet unsurunun oluşup oluşmadığı belirlenip sonucuna göre sanık hakkında TCK'nın 125/4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışması bırakılması...” Yarg. 4. C.D., 2013/29656 E., 2015/38757 K., 30.11.2015, Benzer kararlar için bkz. Yarg. 18. C.D., 2015/7662 E., 2015/11746 K., 24.11.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/23747 E., 2015/36877 K., 02.11.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/25151 E., 2015/36786 K., 02.11.2015, Yarg. 1. C.D., 2014/3207 E., 2015/2813 K., 30.04.2015, Yarg. 4. C.D., 2015/9121 E., 2015/30663 K., 08.06.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/20362 E., 2015/35381 K., 12.10.2015, Yarg. 1. C.D., 2014/4337 E., 2015/935 K., 24.02.2015, Yarg. 4. C.D., 2013/35802 E., 2014/31186 K., 30.10.2014, Yarg. 4. C.D., 2013/40072 E., 2014/33083 K., 17.11.2014, Yarg. 4. C.D., 2013/38635 E., 2014/33142 K., 17.11.2014, Yarg. 4. C.D., 2014/38638 E., 2014/34262 K., 26.11.2014, Yarg. 2. CD., 2009/39035, 2011/6055, 24.03.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:16.02.2016)

²⁰⁷ CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s.108, CİHAN, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, s. 173.

²⁰⁸ TCK'nun 6. maddesinde tanımlandığı üzere, “basın ve yayın yolu ile” deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınların anlaşılması gerekmektedir. CENTEL/ZEFER, ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:1, s. 255,

Söz konusu konuya ilişkin açıklamalar için, suçun nitelikli haline ilişkin açıklamalara bakınız.,

“Dosya kapsamına göre; suça sürüklenen çocuğun, ağabeyinin ayrıldığı nişanlısı olan şikâyetçinin, nişanlı oldukları dönemde ağabeyi ile birlikte çektiikleri özel hayat kapsamındaki fotoğrafını, rızasına aykırı olarak internetteki kendisine ait facebook sayfasında, fotoğrafın üzerine ‘Ben bir kaşarım var mı beni isteyen’ şeklinde hakaret içerikli yazı yazarak yayımladığı olayda, suça sürüklenen çocuğun internet ortamında ve belirsiz sayıda kişinin ulaşabileceği şekilde şikâyetçiye karşı işlediği hakaret eyleminden dolayı, TCK'nın 125/4. madde ve fıkrasındaki aleniyet hükmü uyarınca cezada artırım yapılmaması, mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının lehe olması karşısında, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamış...” Yarg. 12. C.D., 2013/26631 E., 2014/15413 K., 23.06.2014,

“Sanığın, 2 yıl süre ile duygusal arkadaşlık yaparak ayrıldığı katılanın, fotoğrafı ile hazırladığı şarkı klibini internette www.....com adresli sosyal paylaşım sitesinde, katılanın ad ve soyadı, nüfus bilgileri, yerleşim yeri, dini görüşü gibi kişisel bilgileri ile birlikte yayımladığının, yine, aynı internet sitesinde G. Ç.'ten erotik show başlığıyla, katılanın fotoğrafının görünmesinin ardından yüz kısmı tam olarak görünmeyen, bazı yerlerde çene hizası ve dudak hizasına kadar görünen başka bir bayanın iç çamaşırları ile kalacak şekilde soyunduğu videoyu yayımladığının iddia edildiği olayda... sanığın internet ortamında ve belirsiz sayıda kişinin ulaşabileceği şekilde katılana karşı işlediği hakaret eyleminden dolayı, TCK'nun 125/4.

765 sayılı TCK döneminde, 153. maddenin 4. fıkrasının 2. bendinde, fiilin umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda işlenmesi, aleniyetin varlığı için bir ölçüt olarak belirlenmiş olduğundan, TCK'nun 312. maddesinde yer alan aleniyet unsuru da bazı yazarlar tarafından bu madde hükmü göz önünde bulundurularak yorumlanmış, aleniyetin gerçekleşmesi için fiilin, tahrik edilenler tarafından algılandığı anda suçun tamamlandığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰⁹.

TCK'nun 216. maddesi bakımından ise, işlenen fiilin algılanabilme imkânından, tahrikin alenen yapılmış olmasının, tahrik teşkil eden fiiller hiç kimse tarafından görülmemiş ya da duyulmamış olsa bile, suçun oluşacağının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Zira failin işlediği fiilin görülme ve duyulma imkânı ortaya çıkmıştır. Bir başka ifadeyle, bu görüşe göre, umuma açık bir yolda, hiç kimse bulunmasa bile, fail bir konuşma yapıp da halkın bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik ederse, suç oluşacaktır²¹⁰.

Bu görüşe katılmamızın mümkün olmadığını ifade etmemiz gerekir. Zira TCK'nun 216. maddesinde yer alan aleniyet, suçun fiil unsurunun bir özelliği olarak ortaya çıkmakta olup, suçun oluşabilmesi için, kanun koyucunun, suç tipinde tarif ettiği fiil “*tahrik*” etmek olmayıp, “*alenen tahrik*” etmektir. Tahrikte bulunma fiilinin alenen yapılması da failinin kastına dâhil olmaktadır. Böylece, aleniyetten anlaşılması gereken de belirsiz sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânı değil, fiilin işlendiği sırada, bu fiile iştirak etmeyen kişilerin, söz konusu fiilleri algılayabilecek alan içinde bulunmalarıdır. Söz konusu ortamda fiil icra edilmeli, sonrasında icra edilen fiilin o ortamda bulunan kalabalık tarafından algılanmış ya da algılanmamış olması, aleniyetin gerçekleştiğinin kabul edilmesi için önemli olmamalıdır. Aksi bir düşünce, suçun koruduğu hukuki değeri tehlikeye sokmak bakımından elverişli bir fiil olmayacağı gibi, failin cezai sorumluluğunu da

madde ve fıkrasındaki aleniyet hükmü uyarınca cezada artırım yapılmaması...” **Yarg. 12. C.D., 2013/27268 E., 2014/14167 K., 09.06.2014,**

“*Kayseri Erciyesspor Tesislerinin içinde gerçekleşen hakaret eyleminde aleniyet unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden, Yargıtay denetimine olanak sağlayacak biçimde olayın yayınlandığı televizyon kanalından görüntüler istenip dosya arasına konulmadan, yerel televizyon kanallarının çekim yaptığından sözedilerek suçun aleni ortamda işlendiğinden bahisle mahkumiyet hükmü kurulması...*” **Yarg. 4. C.D., 2013/42076 E., 2014/20464 K., 05.06.2014,**

“*Hakaret suçunun internet ortamında işlenmesi halinde, aleniyet unsurunun oluşması için, hakaret oluşturan iletinin herhangi bir internet sitesinde yayımlanması gerekeceğinden, sanığın, internet sitesinde yayımlamaksızın, katılanların ve şikayetçi olmayan başka kişilerin e-mail adreslerine ileti göndermek suretiyle gerçekleştirdiği hakaret eyleminde aleniyet unsurunun varlığından söz edilemeyeceğinden... kanun yararına bozma isteminin de REDDİNE...*” **Yarg. 2. CD., 26.05.2010, 2009/37287, 2010/16785, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:16.02.2016)**

²⁰⁹ **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 214.

²¹⁰ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, s. 6070.

oldukça genişletecektir. Zira hâkim, somut tehlike suçu niteliği gösteren bu fiilin, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkarıp çıkarmadığını somut olayda araştıracağına göre, suçun oluşması için sadece belirsiz sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânı ile yetinmek, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikeye sebebiyet verilmesi imkânsızlığı bakımından da çelişki yaratacaktır.

bb. Aleniyetin Hukuki Niteliği

Aleniyetin hukuki niteliği bakımından temelde iki görüş savunulmaktadır. Bir görüşe göre aleniyet suçun unsuru iken, diğer bir görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartıdır.

Aleniyetin, objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu savunanlar, aleniyeti, sosyal düzensizliğin gerçek bir tehlikesi olarak görmekte, fiilin, aleni bir biçimde işlendiğinde cezalandırılabilir bir nitelik kazandığını belirtmektedirler. Çünkü ancak aleniyetin varlığı ile birlikte kamu düzeni ihlal edilmektedir. Ayrıca böyle bir kabul, aleniyet failin kastı dâhilinde olmasa da cezalandırılmasını sağlamaktadır. Aleniyetin suçun unsuru olduğunu savunan yazarlara göre ise, aleniyet harekete sıkı sıkıya bağlı olup, hareketin esaslı bir unsurudur. Fail, fiilini aleni olarak işlediğini bilmeli ve bunun sonucunu istemelidir. Zira suç tipiyle, fiilin tehlikelilik hali cezalandırıldığından, failin iradesinin de bu tehlikelilik durumuna şamil olması gerekmektedir²¹¹.

Kanaatimizce, aleniyeti, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden görüşlerde isabet bulunmamaktadır. Zira aleniyet bu suç tipinde, suçun maddi unsuru olan tahrik fiilinin bir özelliği olarak ortaya çıkmaktadır²¹². Somut olayda tahrik teşkil eden fiil tek başına, kin ve düşmanlık yaratmaya elverişli olabilir ancak aleniyet olmaksızın suçun konusu üzerinde tehlike yaratmaya elverişli bir fiil olarak ortaya çıkması mümkün değildir. Zira fiilin alenen işlenmesi, failin iradesine dâhil olmalıdır ki kin ve düşmanlık teşkil eden fiillerin halkın bir kesimine ulaştırılması yahut halkın bir kesiminin bu fiilleri öğrenmesinin sağlanması kastı, söz konusu elverişliliği ortaya çıkarmalıdır.

Ayrıca, objektif cezalandırılabilme şartları, ceza siyaseti bakımından, kural olarak ceza sorumluluğunun alanını daraltmak üzere kabul edilmiş olan bir kurumdur. Aleniyetin

²¹¹ CİHAN, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, s. 173, 174, CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s. 108, 109, GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 194-1967 BAYRAKTAR, s. 180, 181, SANCAR YALÇIN, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK. m. 159/1), s. 178-181.

²¹² CİHAN, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, s. 174.

objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi halinde ise, failin kastının aleniyete yönelik olup olmadığının araştırılması gerekmeyeceğinden, kurumun kabul edilme amacı ortadan kalkacak ve ceza sorumluluğunun genişlemesine sebebiyet verilecektir²¹³. Bir diğer ifadeyle, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu açısından, aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi halinde, kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiillerin işlenmesiyle suçun oluştuğu kabul edilecek, aleniyetin objektif olarak var olması, failin cezalandırılması için yeterli sayılacaktır. Ancak aleniyetin suçun unsuru olarak kabul edilmesi halinde ise, boş sanılan bir yerde söylev alıştırması yapılması örneğinde olduğu gibi, failin aleniyete ilişkin hatası kastını kaldırarak ve suç oluşmadığından fail cezalandırılmayacaktır²¹⁴.

cc. Değerlendirme

5237 sayılı TCK’nda “aleniyet” kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak, intihara yönlendirme suçunun düzenlendiği 84. ve hakaret suçunun düzenlendiği 125. maddelerin gerekçesinde, “aleniyet için aranan temel ölçütün, fiilin gerçekleştirildiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması” olduğu ifade edilmiştir.

Hayâsızca hareketler başlıklı 225. maddenin gerekçesinde de, “aleniyet için aranan ölçüt, gerçekleştiği koşullar itibarıyla, fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır” ifadelerine yer verilmiştir.

Kanaatimizce, 5237 sayılı Kanun bakımından kanun koyucunun aleniyetin gerçekleşmesi hususunda temel aldığı ölçüt, fiilin algılanabilme imkânıdır. Zira kanun koyucu yukarıda ifade ettiğimiz madde gerekçelerinde, fiilin işlendiği yer bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiş, “fiilin gerçekleştirildiği koşullar itibariyle” ibaresine yer vererek, söz konusu koşulların somut olayın özelliklerine göre değişebileceğini kabul etmiştir. Kanun koyucu bu kapsamda işlenen fiil bakımından dikkat edilecek ilk ve en önemli hususun, “belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması” olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle suç tipinde aleniyetin yer aldığı hallerde, fiilin kamuya açık bir alanda işlenmiş olması o fiilin peşinen “alenen” işlendiği anlamına

²¹³ ÜZÜLMEZ, İlhan, AKKAŞ, Ahmet Hulusi, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Erciyes UHFD 2007, c: II, sy: 1-2, s. 85.

²¹⁴ ÜZÜLMEZ/AKKAŞ, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s. 85, 86, BAYRAKTAR, s. 181.

gelmeyeceği gibi, kamuya açık olmayan yerlerde de “aleniyetin” gerçekleşmediği kabul edilemeyecektir. Bu anlamda bazı yerler özü bakımından aleni kabul edilebilseler bile bu yerlerde belirsiz bir kalabalığın, topluluğun, kişiler grubunun olmaması halinde aleniyetin gerçekleştiğinden söz edilemez.

Diğer yandan, hareketin yapıldığı yerin niteliği, aleniyetin gerçekleşmesi bakımından tek ölçüt olmadığından, aleniyet için önemli olan husus, hareketin algılanabilmesi imkânının bulunmasıdır. Algılama imkânından kasıt ise, belirli olmayan ve birden fazla kişilerin, işlenen fiili, duyu organlarıyla kavrama ve idrak etmesi imkânı olarak belirlemiştir. Algılamak, görmek veya duymak şeklinde olabilir. Şu halde, 5237 sayılı Kanun kapsamında aleniyetin gerçekleştiğinden söz edebilmek için, söz konusu fiilin kesin görülmüş veya duyulmuş olması şart olmayıp, görülebilir veya duyulabilir olması yeterlidir. Böylece, aleniyetten anlaşılması gereken, belirsiz sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânı değil, fiilin işlendiği sırada, bu fiile iştirak etmeyen kişilerin, söz konusu fiilleri algılayabilecek alan içinde bulunmalarıdır. Zira aleniyette önemli olan husus, o yerde belirsiz sayıda insanın soyut olarak bulunma imkân ve ihtimali değil, bizzatıhi bulunmaları ve fakat işlenen fiili algılamaları yahut dikkatlerini söz konusu olaya verselerdi algılayabilmeleridir.

2. Netice

Bilindiği üzere netice, harekete bağlı olarak dış dünyada meydana gelen değişiklik olarak ifade edilmektedir. Ancak diğer yandan, dış dünyadaki bu değişikliğin, kanuni tarifte yer alması halinde netice olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir. Zira bu görüşe göre, hareket nasıl ki doğacı görüşle ele alınmıyorsa, netice de doğacı bir görüşle değil, hukuki açıdan ele alınmalıdır. Aksi halde, yani hareketin hukuki, neticenin doğacı yönden ele alınması, niteliği farklı iki şeyi karşı karşıya koymak olur ve bunlar arasında her hangi bir bağ kurulması söz konusu olmaz²¹⁵.

Hukuken önem taşıyan neticeden ne anlaşılması gerektiği ise tartışmalıdır. Zira bazı yazarlar hukuki neticenin zarar, bazıları hem zarar hem de tehlike ve bazıları ise korunan hukuki yararın ihlali şeklinde ortaya çıktığını savunurlar²¹⁶.

²¹⁵ DÖNMEZER/ ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, s.369.

²¹⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, s.369.

Neticesiz suçların da var olduğunu kabul eden yazarların bulunduğunu ifade etmek gerekir. Özellikle sırf hareket suçları bakımından farklı görüşlerin ortaya çıktığı bu konuda, bir kısım yazar, sırf hareket suçlarını, neticesiz suç olarak nitelendirmektedir²¹⁷. Zira bu yazarlara göre, neticeye, suçun kanundaki tanımında yer veriliyorsa ceza hukuku bakımından bir değere sahiptir²¹⁸. Örneğin, kasten öldürme suçu bakımından, kanuni tarifte yer alan netice ölüm neticesi olduğundan, ölen kişinin yakınları ya da akrabalarının manen ya da maddeten zarara uğramış olmaları, dış dünyada bir değişiklik olarak ortaya çıkmış olmasına ve failin işlediği fiil ile nedensellik bağı içerisinde bulunmasına rağmen, ceza hukuku bu neticeyle ilgilenmez. Zira ceza hukukunun müdahale ettiği netice, kanuni tarifte yer alan ölüm neticesidir²¹⁹.

Karşıt görüşteki yazarlar ise, neticesiz suç şeklinde bir suç türünün olamayacağını, her suçun mutlaka bir neticesinin olduğunu savunmaktadır²²⁰. Zira neticesiz suç olabileceğini kabul eden yazarlar, neticenin zarar olarak ortaya çıktığını kabul eden yazarlardır. Oysa ceza hukuku bakımından netice, zarar olarak ortaya çıkabileceği gibi tehlike olarak da ortaya çıkabilir. Bu anlamda tehlikeden kasıt, hukuka aykırı bir netice doğması imkân veya ihtimalidir. Eğer zarar veya tehlike şeklinde bir neticenin varlığı kabul edilmez, neticesiz suçların da olduğu görüşünden hareket edilirse, işlenen fiilin ceza yaptırımı ile korunmasının da sebebi ortadan kalkar. Zira neticesiz suç bir ceza değeri taşımaz. Şu halde, netice, suçun kanuni tarifinde yer alan dış dünyadaki değişikliktir. Bu değişiklik, zarar, hem zarar hem de tehlike ya da korunan hukuki yararın ihlali şeklinde ortaya çıkabilir²²¹.

Bazı yazarlar, suçun hukuki konusunu teşkil eden hak ve menfaatin ihlal edilmesi başlı başına bir netice olarak ortaya çıktığından, her suçta bir netice olduğunu kabul ederler. Eğer, bu nitelikte bir ihlal yoksa suçun varlığından söz etmek de mümkün değildir²²².

²¹⁷ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 251, **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 118.

²¹⁸ **ARTUK/ GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 251.

²¹⁹ **HAKERİ**, s. 176, **HEINRICH, Bernd**, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Editör: Prof. Dr. Dr. H. C. Yener ÜNVER, Adalet Yayınevi, 2014, s. 91.

²²⁰ **İÇEL, Kayıhan, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih S., ÜNVER, Yener**, İçel Suç Teorisi, Sebat Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 78, **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 248 vd., **ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Basım Yayım, 2013, s. 201, **HAKERİ**, s. 176, 177.

²²¹ **DÖNMEZER/ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s. 372.

²²² **DÖNMEZER/ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s. 372.

Bir kısım yazar ise, her suçta mutlaka bir netice olduğu yönündeki görüşü reddeder. Bu nedenle de neticesi harekete bitişik suç veya neticesi hareketten ayrı suç ayırımından söz etmek mümkün değildir²²³.

Kanaatimizce, insanın her fiilinin dış dünyada ortaya çıkarttığı bir etki yahut değişiklik olmakla birlikte, ki bu değişiklik mevcut durumun değişmesi ya da muhafazası şeklinde de ortaya çıkabilir, suç tipinde aranmayan yahut suçun oluşması için kanun koyucunun ayrıca ortaya çıkmasını aramadığı bir değişikliğin netice olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Elbette, her insan davranışının bu davranışları ortaya koyarken belli bir amacı/amaçları, dış dünyada ortaya çıkarmak istediği birçok netice vardır. Bu neticelerin bazen fiziksel bazen fizyolojik ve bazen de psikolojik olarak ortaya çıkması da mümkündür. Ancak, suçun oluşabilmesi için kanun koyucunun ortaya çıkabilecek bu neticelere ceza hukuku anlamında bir değer yüklemesi, suç tipinde gösterdiği fiilden ayrı bir neticeyi unsur olarak suç tipinde öngörmesi gerekmektedir. Şu halde biz, neticeyi, hareketten ayrı olarak ele almakta ve neticesiz suçların da olabileceğini kabul etmekteyiz.

Bu bilgiler ışığında, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun neticesiz bir suç olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira kanun koyucu, suçun oluşması bakımından hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesini aramamıştır. Bu anlamda tahrik hareketinin yapılmasıyla birlikte suç oluşur.

3. Fail

5237 sayılı TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasında fail, "*halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse*" olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda

²²³ **ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 174, 175, **EREM/DANIŞMAN/ARTUK**, s. 269, 270.

Bu görüşlerin temelini oluşturan çeşitli teoriler olduğunu ifade etmek gerekir.

Doğacı Kuram' a göre netice, iradi insan davranışlarıyla dış dünyada meydana gelen maddi, fizyolojik ya da psikolojik değişikliktir. Buna göre, netice, her suç bakımından gerçekleşmesi zorunlu olmayan bir unsur olup, bazı suç tipleri bakımından hareketin yapılmasıyla birlikte suç tamamlanmaktadır. Bir başka ifadeyle, neticesi olmayan suçların da varlığı söz konusudur. Buna karşılık ortaya çıkan *Tehlike Kuram'*ı ise, neticesiz suçların varlığı yönündeki düşünceleri reddeder; zira her suçta gerek zarar gerek ise tehlike neticesi olmak üzere, mutlaka bir netice vardır. Bu anlamda, sırf hareket suçlarında da doğal bir neticenin var olduğu kabul edilmelidir. *Kuralcı Teori'*ye göre ise, ister zarar ister tehlike şeklinde ortaya çıksın, her suçta bir netice olmakla birlikte bu netice, dış dünyada değil, hukuk dünyasında ortaya çıkan bir değişikliktir. **EREM, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:1, Genel Hükümler, Ankara, 1976, s. 281, 282, **EREM/DANIŞMAN/ARTUK**, s. 259, 260, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 250, 251.

suçun faili, madde metninde belirtilen tahrik fiilini işleyen herkes olabilir. Bir başka ifadeyle fail, kamu görevlisi sıfatına sahip olan ya da olmayan herhangi bir kişi olabilir²²⁴.

Bu kapsamda, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun failinin kamu görevlisi olması, cezanın artırılmasına neden olan bir nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Ancak koşulları var ise, TCK'nun 266. maddesinde yer alan “*Kamu Görevine Ait Araç ve Gereçleri Suçta Kullanma*” suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür.

Kin ve düşmanlığa alenen tahrikin suçunun failinin, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri olması halinde ise, cezanın artırılması mümkündür. Zira TCK'nun “*Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma*” başlıklı 219. maddesinin 4. fıkrasında, “*Bunlardan biri dini sıfatından istifade ederek, birinci fıkra yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı olan ceza ile mahkûm olur.*” hükmüne yer verilmiştir.

Suçun faili tek bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kimse de olabilir. Failin birden fazla olması durumunda sorumluluk, iştirak kurallarına göre belirlenecektir²²⁵.

4. Mağdur

a. Genel Açıklamalar

Tipikliğe ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda da değindiğimiz üzere, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşabilmesi bakımından, kin ve düşmanlık teşkil eden tahrikin, halkın “*sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge*” bakımından farklı özellikler arz eden bir kesimine yönelmesi gerekmektedir. Bu anlamda suçun mağduru, madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimidir²²⁶. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, söz konusu kesimin tahrik fiili ile psikolojik zarara uğraması ve kimi zaman suç teşkil eden fiillerin mağduru olma tehlikesiyle karşılaşması söz konusudur.

Kanun koyucu, 216. maddenin 1. fıkrasında, madde metninde belirtilen özelliklere sahip “*halkın bir kesiminin diğer bir kesimine karşı*” kin ve düşmanlığa tahrik edilmesini düzenlemiştir. Bu anlamda inceleme konumuz kapsamında önce halk ve halk kesimi ve sonrasında ise, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

²²⁴ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 71.

²²⁵ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 72.

²²⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 744, GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 74.

Diğer yandan, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge kavramları, TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, “*Halkın Bir Kesimini Alenen Aşağılama*” suçu ve halkın bir kesimi kavramı ise hem “*Halkın Bir Kesimini Alenen Aşağılama*” hem de TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Dini Değerleri Alenen Aşağılama*” suçları bakımından ortak kavramlardır. Bu nedenle bu bölüm altında yapacağımız açıklamalar, TCK'nun 216. maddesinin 2. ve 3. fıkraları bakımından da geçerli olup, “*cinsiyet*” kavramına ilişkin açıklamalara da bu bölüm altında yer verilmiştir.

b. Halk ve Halkın Bir Kesimi Kavramları

Halk sözlükte, aynı ülkede yaşayan, aynı kültür özelliklerine sahip olan, aynı uyruktaki insan topluluğu, bir ülke içerisinde yaşayan değişik soylardan insan topluluklarının her biri, belli bir bölgede veya çevrede yaşayanların bütünü, ahali, folk olarak tanımlanmıştır²²⁷.

Doktrinde ise halk, dini, mezhebi, etnik kökeni, vatandaşlık bağı, yaşadığı coğrafi veya idari bölge ne olursa olsun, ortak duygu, çıkar, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insanlar grubu olarak ifade edilmiştir²²⁸.

Yargıtay'a göre ise, ceza hukukunda halk kavramı, “*ortak duygu, çıkar, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insanlar grubu*”nu ifade etmektedir²²⁹.

Millet, halk kavramından farklı bir anlama gelip, sözlükte, çoğunlukla aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği olan insan topluluğu, ulus, benzer özellikleri olan topluluk olarak tanımlanmıştır²³⁰.

Bu anlamda millet kavramının, kültürel (ortak dil, din, tarih, gelenek), siyasal (yurttaşlık bilinci) ve psikolojik (vatanperverlik/yurtseverlik) etmenlerce şekillenen karmaşık bir olgu olmakla birlikte²³¹, kabile, şehir devleti veya muhtelif etnik gruplardan

²²⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

²²⁸ ZAFER, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 9

²²⁹ YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015)

²³⁰ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

²³¹ HEYWOOD, Andrew, Siyasetin Temel Kavramları, Adres Yayınları, Kasım 2012, s. 341, Ayrıca millet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTARLI, İhsan Yılmaz, Ulus Devlet Eseri “Sınırdakiler”, <http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/Ihsan%20y%20bayraktar%20tam.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.05.2014), 290–292

da farklı olduğu, zira bu farklılığın sadece kapsadığı ülkesel alanın büyüklüğünden dolayı değil, ayrıca zamanın yozlaştırıcı etkisi karşısında, istikrar ve sürekliliği sağlayan nispeten tekdüze bir kültüre sahip olmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir²³².

Kanun koyucu 216. maddenin 1. fıkrasında, maddede sayılan özelliklere sahip halkın bir kesiminin diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesinden bahsetmiştir. 765 sayılı TCK'nun, 1926 yılında kabul edilen ilk halinde yer alan “*cemiyetin muhtelif sınıfları*”nı kin ve adavete teşvik ibaresi, 1981 yılında yapılan değişikliğe kadar muhafaza edilmiş, 1981 yılında yapılan değişiklik ile ise, 5237 sayılı TCK kabul edilene kadar, “*Halk*”ın sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahriki cezalandırılmıştır. Fakat bu dönemde, “*halk*” teriminin, kanun koyucunun maksadını ifade etmeye elverişli olmadığı, suçun oluşması için halkın tamamının değil, bir kısmının yahut bir parçasının kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi gerektiği, zira madde metninde kin ve düşmanlığa tahrik edilenin, halkın belli özelliklere sahip kesimi olduğu ifade edilmiştir²³³. Bu anlamda 5237 sayılı TCK düzenlemesi bakımından, halkın bir kesiminin, halkın bir kısmını, bir bölümünü yahut bir parçasını ifade ettiğini söylemek mümkündür.

Halkın bir kesimi, mezhep, din, dil veya bölge farklılığı gibi unsurlardan bir veya birkaçında uzlaşan ve uzlaştığı bu belli ortak değerler temelinde kendisini bütünü bir parçası olarak görmeyen insan topluluğu olarak ifade edilmiştir. Bir başka ifade ile halkın bir kısmı, milliyet, ırk, din, hayat görüşü, politik, sosyal ekonomik, mesleki veya diğer unsurlar açısından halkın bütününden ayrılabilen insan topluluğunu ifade eder. Elbette halkın bir kısmı, bunlar dışında, sair unsurlar yönünden kendilerini bütünden farklı görenler ya da kendilerine has diğer özellikleri bulunan gruplar için de kullanılabilir²³⁴.

En az kaç kişinin, halkın bir kesimi olarak değerlendirileceği hususunun, somut olayda hâkim tarafından belirlenmesi gerekmele birlikte, halk kesimi sayılan grubun, ülkenin (Türkiye) genel nüfusu içerisinde belli bir ağırlık ve öneminin olması, suçun mağdurunun tespit edilmesini imkânsızlaştıran belirsizlikte olmaması gerektiği ifade edilmiştir²³⁵. Bunun yanında, mitingde yapılan konuşma ya da basın yayın yoluyla olduğu gibi tahrik

²³² **BAL, Hüseyin**, Anthony H. Birch'in Siyasal Teorisinde Milliyetçilik Kavramı ve İdeolojisi, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 7, S: 31, s. 308.

²³³ **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 78,

²³⁴ **ZAFER**, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 9

²³⁵ **KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN**, s. 482, 683, **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 73, 79.

edilen halk kesiminin ferden belirlenmesi mümkün olmayan bir kitle olması ve suçun bu şekilde oluşmasının da mümkün olacağı²³⁶ ayrıca, suçun oluşması için, tahrik edilen halk kesimlerinin Türkiye halkının bir parçası olması gerektiği belirtilmiştir²³⁷. Bu anlamda tahrikin mağduru olan halk grubunun ülke içinde yaşıyor olması gerekmektedir birlikte, bu grup içersindeki bireylerin kendilerini ülkesinde bulundukları devletle özdeşleştirmeleri veya kendilerini o devlet halkının bir parçası olarak görüp görmemeleri önemli değildir. Önemli olan husus, grubun dış veya iç unsurlar nedeniyle geri kalan halktan fark edilebilir derecede ayrılan bir grup olması ve grubu teşkil edenlerin belirli değerler etrafında bir araya gelmiş olma bilincine sahip olmasıdır. Bu anlamda ülkeye geçici olarak gelen gruplar veya geçici olarak bir araya gelen gruplaşmalar veya belirli bir mekânda bulunması gereken kişi topluluklarını halkın bir kesimi olarak nitelendirilemezler²³⁸.

TCK'nun 216. maddesinin gerekçesinde, “*Failin fiili ile adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde, kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunması*” gerektiği belirtilmiştir. Böylece kanun koyucu, bu suç tipinin oluşması bakımından fiilin, “*belirli olmayan kimseleri*” hedef alarak işlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Kanaatimizce halkın bir kesiminden, genel toplumsal rutin ya da alışlagelmiş düzen içerisinde, kendine özgü bazı özellikleri nedeniyle kendilerini, diğer grup ya da topluluklardan ayıran, farklı bir kategoride tanımlayan ve toplum içerisinde, söz konusu özelliğini temsil edecek nicelikte insan grubunun anlaşılması gerekir. Bu anlamda 216. maddenin 1. fıkrası bakımından halkın bir kesimi, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından, kendine özgü bu özellikleri nedeniyle, kendilerini, diğer grup ya da topluluklardan ayıran, farklı bir kategoride tanımlayan, objektif olarak da bu özelliklere sahip ve toplum içerisinde, söz konusu özelliğini temsil edecek nicelikte insan grubunu ifade etmektedir.

Suç tipi bakımından, halkın bir kesimi ibaresiyle azınlık kavramının ortak bir noktada birleştiğini ifade etmek mümkündür. Zira azınlık, bir toplumda kendine özgü nitelikler bakımından ayrı ve ötekilerden sayıca az olanlar, azlık olarak tanımlanmıştır²³⁹. Bir başka

²³⁶ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 73, 74.

²³⁷ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 73.

²³⁸ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 225, 226.

²³⁹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

ifadeyle azınlık kavramı, büyük halk kitlelerinden ırk, dil, din, ahlak, değişik sosyal hayat görüşleri gibi özellikleri ile hâkim kültür ve ideolojiden ayrılan halk gruplarıdır²⁴⁰. Her ne kadar halkın bir kesiminin, kendine özgü nitelikler bakımından ötekilerden ayrı olma özelliği bulursa da sayıca az olmak gibi bir sınırlaması yoktur. Halkın bir kesimi, azınlık olarak nitelendirilebilecek insan topluluğunu da kapsayıcı nitelikte bir kavramdır. Kanaatimizce, önemli olan husus, bu topluluğun, sayıca belirlenmesi mümkün olmayan ve halkın belli özelliklere sahip bir kesimini temsil edebilecek sayıda bir insan topluluğu olması gerektiğidir. Bu anlamda, söz konusu suç tipi ile genel olarak “*azınlık*”ların korunmak istendiği ifade edilebilirse de suç tipinin oluşması için, tahrik fiilinin yöneldiği halk kesiminin azınlık olması zorunlu değildir²⁴¹.

Tek bir kişinin, halkın bir kesimine karşı tahrik edilmesi yahut halkın madde metninde belirtilen özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimine dâhil tek bir kişiye karşı kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi halinde 216. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçun oluşması mümkün değildir. Zira burada kanun koyucunun suçun tipiklik unsurunun gerçekleşmesi için aradığı husus, halkın bir kesiminin yahut bir grubun diğer bir kesime ya da gruba karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesidir²⁴². Diğer yandan, Yargıtay’ın ayırık kararları olmakla birlikte, tahrikin halkın bir kesimine değil de örneğin kanun koyucuya/hükümete²⁴³, orduya yahut devlete²⁴⁴ veya laik sistemi savunanlara²⁴⁵ yöneldiği hallerde de söz konusu suçun oluşması mümkün değildir.

Bu kapsamda, TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliğe sahip olan bir kesiminin, diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi arandığından, madde metninde sınırlı sayıda gösterilen farklı özelliklere sahip kesim dışındaki kesimlerin, halkın diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi halinde suç oluşmayacaktır.

²⁴⁰ BAYRAKTARLI, s. 293.

²⁴¹ Alman doktrininde de suç tipi ile azınlıkların korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir. KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, s. 482

²⁴² GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 72.

²⁴³ Yarg. 8. C.D., 1999/12306 E., 1999/13187 K., 06.10.1999. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:05.08.2015)

²⁴⁴ Yarg. 8. C.D., 1999/7181 E., 1999/10820 K., 24.06.1999, Yarg. 8. C.D., 1996/11624 E., 1996/12797 K., 18.10.1996, Yarg. 8. C.D., 1994/6163 E., 1996/7188 K., 10.06.1994, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:05.08.2015)

²⁴⁵ Yarg. 8. C.D., 1997/15582 E., 1997/17413 K., 10.12.1997, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:05.08.2015)

Bunun yanı sıra değinilmesi gereken diğer bir mesele, kanun koyucunun, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, “*diğer bir kesimi*” aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira kanun metninde bahsi geçen “*diğer kesimin*” yine sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesim olmasının gerekip gerekmediği yoruma muhtaçtır. Zira kanun koyucu, madde metninde, halkın bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilenler bakımından açıkça sınırlı sayıda bir kesimden bahsetmiş olmasına rağmen, kendisine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilen kesim için bu şekilde bir sınırlamaya gitmemiştir.

Bu anlamda, örneğin İslamiyet’e inanan bir kısım insanın, halkın din bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini oluşturduğu açıktır. Ancak diğer yandan, kanun koyucu burada cinsel yönelim, cinsiyet ya da inanç farklılığına dayanarak bir kesimden bahsetmemiştir. Fakat bu farklı özelliklere sahip kesimin, “*diğer bir kesim*” olarak yorumlanması söz konusu olursa, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine, örneğin İslamiyet’e inanan bir kısım insanın eşcinseller ya da ateistler aleyhine, kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi de söz konusu olabilir.

Şu halde, madde hükmünün yazılış şekli ve kanun koyucunun amacından yola çıkılarak yapılacak bir yorum neticesinde, yapılan düzenlemeyle, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ya da bölge temelli çatışmaları önlemek amacıyla, sayılan bu özelliklere sahip iki karşıt topluluk arasında kin ve düşmanlığa tahrikte bulunulmasının cezalandırıldığı anlaşılmaktadır²⁴⁶. Bu kapsamda, madde metninin hâlihazırdaki halini yeterli bulmamakla birlikte, var olan düzenlemenin kıyasa varacak ölçüde geniş yorumlanamayacağı kanaatindeyiz. Ancak elbette ki bu nitelikteki bir tartışmanın devam etmemesi ve madde hükmünün bu şekilde dar yorumlanmayarak toplumsal farklılıkların bir kısmının değil bu nitelikteki fiiller nedeniyle mağdur olan geniş bir kesimin korunması adına, kanun koyucunun madde hükmünde değişikliğe gitmesi gerektiğini belirtmemiz gerekir. Dolayısıyla 216. maddenin kapsamının genişletilmesi ve değerlendirme kısmında önerdiğimiz düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

²⁴⁶ Aynı yönde görüş için bkz. GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 72, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 737.

c. Sosyal Sınıf

Sosyal sınıf sözlükte, bir toplumda yaşama biçimi, maddi imkân, öğrenim durumu bakımlarından birbirlerine benzeyen kişilerin oluşturduğu sınıf olarak tanımlanmaktadır²⁴⁷. Geniş manada sosyal sınıfın ise, benzer sosyal ve iktisadi konumu paylaşan insan topluluğu olduğu ifade edilmektedir²⁴⁸.

Sınıf kavramı, meslek, eğitim seviyesi, ahlaki tavır, tüketimin nicelik ve niteliği, meslek geliri, siyasi ve dini açılardan birbirini eşit gören ve aynı soydan gelmeyen kişilerin oluşturduğu tabaka ya da derece olarak da tanımlanmıştır²⁴⁹.

Yargıtay’a göre ise sosyal sınıf, toplumun yapısındaki yeri ve özelliği ile varlık kazanmış, aynı toplumsal düzeydeki bireylerin toplamından oluşan grupları ifade etmektedir. Kendiliğinden oluşmuş ancak devamlılığı bulunan ve kendi içinde organize olmamış büyük insan kategorileri de genel anlamda sosyal sınıf olarak kabul edilir²⁵⁰.

Yine Yargıtay’a göre, “sosyal sınıf, iktisadi sınıflar anlamına gelmemekte, toplumun yapısındaki yeri ve özelliği ile varlık kazanmış, aynı toplumsal düzeydeki bireylerin toplamından oluşan çiftçi, esnaf, mülk sahibi, tüccar, memur, işçi gibi grupları kapsamakta olduğu öğreti ve içtihatla kabul edilmektedir. Dahası, kendi içinde organize olmamış, kendiliğinden oluşmuş ancak devamlılığı bulunan büyük insan kategorileri de genel anlamı ile sosyal sınıf kabul edilmektedir²⁵¹.”

Sosyal sınıf, toplumsal tabakalaşmanın bir şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira toplumsal tabakalaşma kavramı, insan toplulukları içinde yer alan grup ya da bireyler arasındaki eşitsizlikleri belirtmek amacıyla kullanılmaktadır. Ancak, bu eşitsizliklerin kaynağı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Sosyal sınıf kavramında ortaya çıkan bu farklılık, ekonomik temele dayanmakla birlikte, toplumsal tabakalaşma salt varlık veya mülkiyet temelinde değil, cinsiyet, yaş, dinsel bağ veya askeri rütbe gibi özelliklerden de kaynaklanabilir²⁵². Şu halde denilebilir ki yoksulluğun nedenlerine, siyahların ya da kadınların beyazlardan ya da erkeklerden neden daha dezavantajlı bir durumda bulunduğuna, işçi sınıfında konumlandırılacak bir ailede doğan çocuğun orta sınıf

²⁴⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

²⁴⁸ HEYWOOD, s.310.

²⁴⁹ ÜLKEN, Hilmi Ziya, Sosyoloji Sözlüğü, Milli Eğitim Yayınevi, İstanbul, 1969, s. 256.

²⁵⁰ Yarg. 8. CD., 2007/5222 E., 2007/5583 K., 12.07.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016)

²⁵¹ YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015)

²⁵² GIDDENS, Anthony, Sosyoloji, Kırmızı Yayınları, Ağustos 2013, s. 340.

konumuna gelme ihtimal ve ölçülerine ilişkin soru ve yanıtları, toplumsal tabakalaşma kavramıyla iç içedir²⁵³.

Bu anlamda, sosyal sınıfları kastlardan ve tarihi sınıflardan ayıran belli başlı özellik, sosyal sınıfların esas itibariyle ekonomik bakımdan eşitsizlik temelinde kurulan guruplar olmalarıdır. Sosyal sınıfların hukuki veya dini müeyyidesi olmadığı gibi belirli bir sınıfa üyelik, bireye hususi hiç bir medeni veya politik hak sağlamaz²⁵⁴.

Sosyal sınıf kavramı, ilk olarak 16. yüzyılda paye, mevki ya da derece durumunu göstermek amacıyla kullanılmış olsa da kavramın yaygınlaşması 19. yüzyıla rastlamaktadır²⁵⁵.

Mevki ya da derece durumunu gösteren bu kullanım, aslında 18. yüzyılın sonlarına denk gelen endüstriyel ve politik değişimin ardından yapılanmaya başlayan Batı Avrupa'daki değişimleri yansıtmaktadır. Her ne kadar sınıf kavramı, antik şehir devletleri, erken dönem imparatorluklar ve kast ya da feodal toplulukları da içine alan toplumun geniş bir kısmında sosyal bir grubu ifade etmek için kullanılsa da özellikle modern endüstri toplumunda, toplumsal bölünmeyi ifade etmek için kullanılmıştır²⁵⁶.

Sosyal sınıf kavramı, sosyal statü/statü grubu kavramından farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Zira sosyal sınıf, ekonomik temelli iken, sosyal statü, icra edilen mesleğin onuru ya da prestijine, kültürel konuma ya da aile kökeni/soyuna bağlıdır²⁵⁷.

Sınıf kavramının teorik bir temele oturmasında Karl Marx ve Max Weber'in görüşlerinin önemli bir yere sahip olduğunu ifade etmek mümkündür. Öyle ki, Marksist yahut Weber'ci görüşler dahi kendi arasında farklı şekillerde yorumlanmıştır.

Bu nedenle, günümüzde oldukça çeşitlenen bu görüşler bakımından biz, konumuzun sınırları dâhilinde, sosyal sınıfı Marx ve Weber'in görüşleri çerçevesinde ve oldukça öz bir şekilde ifade etmeyi uygun buluyoruz.

²⁵³ **MARSHALL, Gordon, Çev. AKINBAY, Osman, KÖMÜRCÜ, Derya,** Sosyoloji Sözlüğü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1999, s. 710, Weber'e göre ise, toplumsal tabakalaşma, sınıf, statü ve parti olarak ortaya çıkar. **ARSLAN, D. Ali,** Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014), s. 131

²⁵⁴ **BOTTOMORE, T. B.,** Modern Cemiyette Sosyal Sınıflar, Çev. Adnan GÜRİZ, AÜHFD, Sayı: 1, Cilt:18, 1961, s. 76.

²⁵⁵ **TUNA, Orhan,** Cemiyet Hayatında Sosyal Gruplaşma ve Tabakalaşmalar, İÜİFM, C. 42, S. 1-4, 1986, s. 27.

²⁵⁶ **Encyclopedia Britannica,** social class, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

²⁵⁷ **Encyclopedia Britannica,** social class, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

aa. Marxist Sınıf Teorisi

Marx'a göre, ücretli emekçiler, kapitalistler ve toprak sahipleri, kapitalist üretim tarzına dayanan modern toplumun üç büyük sınıfını oluştururlar²⁵⁸. Tarihin daha önceki çağlarında da -Eski Roma'da particiler, şövalyeler, plebler, köleler, orta çağda feodal beyler, vasallar, lonca ustaları, kalfalar, çıraklar, toprak köleleri gibi- çeşitli katmanlardan oluşan bir toplum düzeni görülür. Modern burjuva toplumu da eski sınıflar yerine yeni sınıflar getirmiş ve bütün toplumu burjuvazi ve proletarya olmak üzere iki büyük karşıt cepheye bölmüştür²⁵⁹.

Marxist sınıf teorisinin mimarı Karl Marx ekonomiyi, toplumdaki diğer üst yapı kurumlarının temeli olarak görmekle birlikte, ekonominin, salt toplumun genel özelliklerini belirlemekle kalmadığını, aynı zamanda öteki toplumsal kurumların genel özelliklerini ve bu kurumlar arasındaki ilişkileri de belirlediğini ifade etmiştir²⁶⁰.

Teorinin temellerinin ekonomiye dayalı olarak açıklanması, sınıf olgusunu açıklamada, üretim araçları ve üretim ilişkileri olgularından hareket etmeyi gerektirmiştir. Marxist düşünceye göre, bütün toplumlar, üretim ilişkileri ve üretim araçları esas alındığında, üretim araçlarına sahip olan ya da bu araçları kontrol altında tutan “*yönetici sınıf*” ve üretim araçlarını elinde ya da kontrolünde bulunduramayan “*sömürülen sınıf*” olmak üzere en az iki sosyal sınıfa ayrılır²⁶¹.

Bir başka ifadeyle, sınıf ayrımları, sermayeyle (üretken zenginliğin sahipleri burjuva/kapitalist sınıf) emek (emeğin sahipleri proletarya) arasındaki ayırımdan kaynaklanmaktadır²⁶².

Marx'a göre, üretim araçlarının kontrol altında bulundurulması, akılsal ve zihinsel üretim araçlarının da kontrol altında bulundurulması anlamına gelir. Bu sebeple yönetici sınıf, yalnızca ekonomik açıdan yönetmez, bunun yanı sıra ideolojiyi de şekillendirip yaygınlaştırır. Marxist yaklaşıma göre, feodal dönemde temel üretim araçları toprak iken, kapitalist dönemde toprağın yerini mekanik donanım ve finansal kaynaklar almıştır. Feodal dönemde, toprağı kontrolleri altında bulunduran feodal soylular yönetici sınıfı

²⁵⁸ MARX, Karl, Kapital, Üçüncü Cilt, Çeviren: Alaattin Bilgi, Sol Yayınları, Ankara, 2003, s. 775.

²⁵⁹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, Komünist Manifesto, Çeviren: Celal Üster, Nur Deriş, Can Yayınları, 2008, s. 49.

²⁶⁰ ARSLAN, D. Ali, Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014), s. 129.

²⁶¹ ARSLAN, D. Ali, Sınıf Teorisinin Açmazları ve İktidar Analizinde Bir Alternatif Olarak Elit Teorisi, <http://web.firat.edu.tr/sosyalbil/dergi/arsiv/cilt16/sayi1/363-382.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.05.2014), s. 367.

²⁶² TUNA, Orhan, Cemiyet Hayatında Sosyal Gruplaşma ve Tabakalaşmalar, İÜİFM, C. 42, S. 1-4, 1986, s. 31.

oluşturmaktayken, kapitalist dönemde, makineleri ve parasal kaynakları kontrolünde tutan kapitalistler, yönetici sınıfı (sömürücü sınıf) konumunu ellerine geçirmişlerdir. Marx’a göre, toplumu oluşturan ikinci sınıf “*sömürülen sınıf*”tır. Bunlar üretim araçlarının ne mülkiyetini ne de kontrolünü ellerinde bulundururlar. Feodal dönemde sömürülen sınıf, toprağa bağlı köleler olarak da adlandırılabilen “*serfler*” iken, kapitalist toplumda ise, iş gücünü satarak geçimini sağlayan proletarya (sömürülen sınıf)dır²⁶³.

bb. Weberci Sınıf Teorisi

Weber, bireyleri piyasa konumuna göre değerlendirmiş ve bu konuma sahip bireylerin yaşam tarzlarının güçlü bir biçimde değiştiğine dikkat çekerek, sınıf kavramını bu bireylerin oluşturduğu sosyal gruplar olarak tanımlamıştır²⁶⁴. Şu halde Weber’e göre, bireylerin sınıf konumu, pazar (market) konumlarına göre şekillenmektedir. Bu temelden hareketle, benzer sınıf konumları bireylerde benzer yaşam şekilleri, benzer hayat anlayışları, ortak ilgi ve çıkarlar yaratabilir²⁶⁵.

Marxist düşünce, sınıf olgusunu üretim ilişkileri temeline dayandırırken, Weberci anlayış sınıfı, toplumun ticari yaşantısının ortaya çıkardığı bir fenomen olarak algılar. Eklemek gerekir ki Marxist ve Weberci yaklaşım arasındaki bu farklılık, kapitalizm öncesi toplumlara yönelik değerlendirmelerde söz konusuysa, kapitalist toplumlara ilişkin yapılan sınıf analizlerinde ise her iki yaklaşım da, sınıfı, kapitalist toplumdaki farklılaşmayı açıklayabilecek temel araç olarak görme ortak paydasında buluşur²⁶⁶.

Marx toplumda, işçi ve sermaye sınıfı olmak üzere iki sınıfın olduğunu kabul ederken, Weberci anlayışa göre, mülk sahipleri, bilgi ve beceri sahipleri ve işgücü sahipleri olmak üzere üç temel sosyal sınıf vardır²⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki, işbölümü ve uzmanlaşmanın artmasıyla birlikte, sanayi toplumlarında birçok yeni meslek grubu da ortaya çıkmıştır. Bu durum, modern kapitalist toplumun sınıfsal yapısı içinde, insanları belirli sınıflara yerleştirmenin ve sınıflar arasında

²⁶³ MARX/ENGELS, s. 49, 61 vd., KAPANİ, s. 156, ARSLAN, D. Ali, Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014), s. 129.

²⁶⁴ GIDDENS, s. 347.

²⁶⁵ ARSLAN, D. Ali, Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014), s. 130, 131

²⁶⁶ ARSLAN, D. Ali, Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014), s. 131

²⁶⁷ ARSLAN, D. Ali, Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014), s. 131 Diğer sınıf ayrımları için bkz. s. 131 vd.

görelî hatlar belirlemenin oldukça olanaksızlaştığını göstermiştir. Buna bağılı olarak, sınıfları ayırmlaştırırken, sınıflar arasında nasıl bir kategori oluşturulacağı da ayrı bir sorun olmaya başlamıştır. Bu nedenle, bu kategoriyi oluştururken kimi analistler ikili kategori kullanırken, bazıları üçlü hatta bazıları da yedili bir sınıflandırma kullanmıştır²⁶⁸.

Her ne kadar, sınıf teorisi tartışmalı bir husus olsa da toplumbilimcilerin, modern toplumlarda, sosyal sınıfın, üst, orta ve alt (işçi) sınıfı olmak üzere üç sınıfa ayrıldığı hususunda mutabık oldukları söylenebilir. Bu kapsamda modern kapitalist toplumlarda üst sınıf genellikle zenginliği miras yoluyla elde eden sınıf olarak ortaya çıkar. Sermaye ve sermayenin getirdiği kâra sahip olmak, bu sınıfa birçok avantaj sunar. Bu sınıf, kültürel ve boş zaman aktivitelerine dayalı kendine özgü bir yaşam tarzına sahip oluşturmak, politik kararlar ve ekonomi politikaları üzerinde hatırı sayılır şekilde etkide bulunmak ve çocuklarının eğitimlerini sağlamak ve aile varlığını devam ettirmek için ekonomik imkânlar sağlamak fırsatına sahiptir²⁶⁹.

Orta sınıf, orta ve üst düzey ofis çalışanları, teknik ve profesyonel mesleklerle uğraşanlar, yönetici ve müdürler, iş adamları, çiftçiler ve esnafların içine dâhil olduğu sınıfı oluşturur. Bu skalada yukarı katmanda bulunan, şirketlerde çalışan profesyoneller ve müdürlerin dâhil olduğu orta sınıf üst sınıfa dâhil olmaktadır, aşağıda bulunan ücretli işçiler alt sınıfa dâhil olmaktadır²⁷⁰.

Tarihsel süreçte, üst sınıfın sahip olduğu dengesiz/ölçsüz varlık, maden ve imalat endüstrisinde bedensel gücünü kullanan işçiler sayesinde ortaya çıkmıştır. Dünyanın ileri ekonomilerinde, hizmet sektöründeki ileri ölçüdeki büyüme göz önünde bulundurulduğunda, çalışan/işçi sınıfı tanımına perakende satış ya da yemek sektörü gibi hizmet endüstrisinde çalışan düşük ücretli, düşük eğitilmiş, sendikası kimse de dâhil olmaktadır²⁷¹.

Marx'a göre, küçük sanayiciler, tüccarlar ve rantiyeler, zanaatkârlar ve çiftçiler gibi orta sınıfın alt tabakaları da kapitalistlerle girdikleri rekabette yutuldukları ve küçük

²⁶⁸ ERKAL, E. Mustafa, Sosyoloji (Toplumbilim), İİBFY, Genel Yayın Nr.2, Fakülte Yayın Nr.1, Trabzon 1982, s.94, ARSLAN, D. Ali, Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014), s. 131 Diğer sınıf ayırmaları için ARSLAN, D. Ali bkz., s. 136, GIDDENS, s. 348 vd.

²⁶⁹ Encyclopedia Britannica, social class, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

²⁷⁰ Encyclopedia Britannica, social class, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

²⁷¹ Encyclopedia Britannica, social class, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

sermayeleri modern sanayinin yürütüldüğü boyutlar karşısında yetersiz kaldığından zamanla proleterleşmektedir²⁷².

cc. TCK'nun 216. Maddesi Bakımından Sosyal Sınıf Kavramı

Sosyal sınıf kavramının, 5237 sayılı TCK ile ortaya çıkan bir kavram olduğunu ifade etmek gerekir. Zira kanun koyucu daha önceki düzenlemelerde, “*cemiyetin muhtelif sınıfları*” ya da “*sınıf*” kavramlarından bahsetmiştir. Ancak, aşağıda kanaatimizi açıklarken de belirteceğimiz üzere, gerek sınıf gerek cemiyetin muhtelif sınıfları ve gerek ise toplumsal sınıf kavramlarının birbirlerinden farklı anlamlara gelmediğini ifade etmek gerekmektedir. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere sınıf kavramı, toplumsal tabakalaşma türlerinden birini oluşturup, söz konusu tabakalaşma ekonomik temeller üzerinde şekillenmektedir. Bu nedenle, sınıf kavramının toplumsal yaşam içerisinde, belirli insan toplulukları ya da gruplar arasındaki ekonomik eşitsizliği ve buna bağlı olarak da sosyal eşitsizliği işaret ettiği açıktır. Bu eşitsizlik bakımından, sınıf, toplumsal sınıf ya da belirli toplumsal sınıflar kavramlarının kullanılmasının, suç tipi bakımından her hangi bir anlam farklılığına işaret eder nitelikte olmadığını söylemek mümkündür.

İnceleme konumuz bakımından sosyal sınıf kavramı, ekonomik ve ekonomik tanımı da kapsayacak şekilde genel olmak üzere iki farklı anlamda tanımlanmış ve yorumlanmıştır.

Sosyal sınıf kavramını ekonomik farklılıkları da içine alacak şekilde genel anlamıyla kabul edenler, değişik insanları bir bütün haline getiren, ortaklık durumunu sağlayan herhangi bir bağın, örneğin mesleki ya da ortak bir işi yapma bağının, sosyal sınıf olduklarının kabulü için yeterli olduklarını ifade ederler. Burada önem arz eden husus, bir kısım insanın ortak bir takım değerlerde birleşerek ve o topluluğa üye olmak bağını ortaya koyarak bir düzen oluşturması ve bu düzenin, uyuşulan ortak değerler bakımından diğer toplumsal kabullerden ayrılabilmesidir²⁷³. Bu nedenle, genel anlamda sosyal sınıf kavramını kabul edenler arasında, siyasi partilerin, din görevlilerinin ya da belli bir dine inananların sosyal sınıf olup olmadığı tartışılmıştır²⁷⁴.

²⁷² MARX/ENGELS, s. 57

²⁷³ ÖZEK, Çetin, Türk-İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı, İÜHFM Cilt 1, Sayı 1 (1967), s. 34.

²⁷⁴ ÖZEK, Türk-İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı, s. 33,34.

Sosyal sınıf kavramını ekonomik açıdan ele alanlar ise, kavramı ekonomik ilişkiler ve bunların ortaya çıkış şekli bakımından yorumlamakla birlikte bu yorum iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bazı yazarlar, üretim sistemi, üretim araçlarıyla olan ilişkiler ulusal zenginliğin paylaşılmasındaki pay miktarı ve bu paya sahip oluş yolları gibi kıstasların tarihsel olarak sınıfların belirlenmesinde etkili olduğunu bu nedenle sosyal sınıf kavramının bu kıstaslara göre belirlenmesi gerektiğini savunurlar. Bu yazarlara göre, işveren, işçi, köylü ve kapitalist sosyal sınıf olarak kabul edilebilirler²⁷⁵.

Diğer bir kısım yazar ise, sosyal sınıfı yine ekonomik anlamı ile kabul etmekle birlikte, sosyal sınıf ayrımını genişletmekte ve gelir zıtlıkları, işverenlerin belirli bölümleri noktasında temellendirmektedir. Bu anlamda, esnaf, tüccar, toprak sahipleri vs. gibi kimseler sosyal sınıf kapsamında değerlendirilmelidir²⁷⁶.

Şu halde, doktrinde sosyal sınıf kavramının ele alınış biçimi bakımından, sosyal sınıfı salt ekonomik açıdan ele alanlar olduğu gibi²⁷⁷, bu kavramın geniş anlamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade edenler de vardır²⁷⁸.

Kanaatimizce, tarihsel süreçte kanun metninde yapılan düzenlemeler ve özellikle 765 sayılı TCK'nun 141. ve 142. maddeleri de göz önüne alındığında²⁷⁹, 216. maddede sözü edilen sosyal sınıf kavramını, iktisadi anlamda yorumlamak ve bu şekilde anlamak gerekecektir. Zira sosyal sınıf kavramını, en basit anlamıyla toplumsal hayatta aynı şartlarda yaşayan insanlar olarak kabul etsek bile, insanların yaşayış tarzı, ihtiyaç olarak gördükleri ve kullandıkları nesneler, aldıkları eğitim ve bu eğitime bağlı olarak seçtikleri meslekler, mutlak surette sahip oldukları iktisadi güç ve üretim sistemi içerisinde aldıkları yer ve paya göre değişmektedir. Bu nedenle, sosyal sınıf kavramı, temelde çok açık bir şekilde ekonomik bir temele oturmakla birlikte, modern yaşam içerisinde dallanıp budaklanan bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda biz, sosyal sınıf kavramını

²⁷⁵ ÖZEK, Türk-İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı, s. 35, CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s. 113.

²⁷⁶ ÖZEK, Türk-İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı, s. 36, CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s. 114.

²⁷⁷ ÖZEK, Türk-İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı, s. 36-38.

²⁷⁸ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2), s. 89, CİHAN, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), s. 115, ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.276, EREM/TOROSLU, s. 256.

²⁷⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖRNEK, Cangül, Türk Ceza Kanunu'nun 141 ve 142. Maddelerine İlişkin Tartışmalarda Devlet ve Sınıflar, AÜSBFD, Cilt: 69, No. 1, 2014, s. 117 vd., ALACAKAPTAN, Uğur, Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/337/3425.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.03.2016).

ekonomik manasıyla ancak dar anlamda ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda sosyal sınıf bize göre, işçi (emeğin sahibi) – işveren (sermaye sahibi) olarak kabul edilmelidir.

d. Irk

Irk sözlükte, kalıtsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu olarak tanımlanmıştır²⁸⁰. Bu anlamda ırk, kan ve soy birliği temelinde şekillenen, insan türü içerisinde ten ve saç rengi, fizik ve yüz özellikleri gibi biyolojik bir takım farklılıkları işaret eden bir kavram olarak ele alınmaktadır²⁸¹.

Yargıtay’a göre ise ırk kavramından, genetik bakımdan şartlandırılmış, oldukça sabit olarak kuşaktan kuşağa geçen beden karakterlerinin toplamı anlaşılmaktadır²⁸².

Irk teriminin günümüzdeki anlamı, 17. yüzyılda ortaya çıkmaya başlamış olmakla birlikte, bu süreçte batı dünyasında birçok değişik tanımları karşılamıştır. Bu tanımların öncelikli ortak noktası ise, insanların fiziksel farklılıklarına göre kategorize edilmesi olmuştur. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde “*ırk*” terimi, ten rengi, saç dokusu, yüz özellikleri ve göz yapısı gibi genellikle bir grup insanın, gözle görülür ortak fiziksel özelliklerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu ayırt edici özellikler ise, büyük, coğrafi olarak bölünmüş bir nüfusla ilişkilendirilmekte ve bu kıtasal kümelenme ırk olgusunu, “*Afrika Irkı*”, “*Avrupa Irkı*” ve “*Asya Irkı*” olarak ayrımlara tabi tutmaktadır. Diğer yandan, ırk kavramı, farklı dilleri konuşan grupları (Arap ya da Latin ırkı gibi), farklı dini grupları (Yahudi ırkı gibi) ya da politik, milli ya da etnik grupları içine alacak şekilde de (İrlanda ırkı, Fransız ırkı, İspanyol ırkı, Slav ırkı, Çin ırkı gibi) kullanılmaktadır²⁸³. Ancak bu kullanımın doğru olmadığını savunan yazarlar da vardır. Zira bu yazarlar, ırk kavramının millet ya da dil ailesi yerine kullanılmasını tehlikeli ve yanlış bulmaktadırlar. Bu anlamda, bir Alman ya da İngiliz ırkının olmadığını zira bunların millet olduğunu, yine Latin, Arya ya da Sami ırkının değil dil ailelerinin olduğunu ifade etmektedirler²⁸⁴.

²⁸⁰ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

²⁸¹ HEYWOOD, s. 277.

²⁸² YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005., Yarg. 8. CD., 12.07.2007, 2007/5222 E., 2007/5583 K, Kazancı İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015).

²⁸³ Encyclopedia Britannica, race, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 04.03.2016)

²⁸⁴ ÜLKEN, s. 148.

İnsan türünün sınıflandırılması konusunda, 17. ve 18. yüzyılda yapılan iptidai girişimlerden günümüze değin, bilim adamları, ırkın tanımlanmasında kullanılan özellikler bakımından bazı ırk türleri üzerinde mutabıklardır. Bu kapsamda uzmanlar, saç tipi, kafa şekli, ten rengi, boy gibi ayırt edici fiziksel özellikleri içine alan üç ila altmıştan fazla ırk çeşidinin olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak 21. yüzyılda dahi “ırk” kavramının anlamı ve tanımlanması konusunda bir fikir birliği bulunmamakta olup, bilim adamları seleflerinin uzlaştıkları noktadan daha ileri bir konumda değildirlir. Zira her ne kadar birçok insan ırkın, fiziksel farklılıklar temelli nüfusları ifade ettiğini düşünmekteyse de bilimsel gelişmeler, bu fiziksel farklılıkların bir “ırk” modeli oluşturmadığını göstermektedir. Çünkü bu farklı özelliklere sahip toplulukları tanımlayabilecek, geleneksel ırk kategorileriyle uyumlu herhangi bir gen yoktur. Dahası DNA analizleri, tüm insanların genetik olarak farklı özelliklerden çok, ortak özelliklerinin olduğunu kanıtlamıştır. Zira herhangi iki insan arasındaki genetik farklılık yüzde birden azken, geniş coğrafi alanlara yayılan nüfuslar arasında bu oran yüzde altı ila sekiz arasında değişmektedir²⁸⁵. Bu nedenle birçok sosyal bilimci ve araştırmacı ırk sözcüğünün, akademik çevrede kullanılmasının biyolojik temellerinden çok ideolojik temellerinin olduğunu savunmaktadır. Zira insanlar arasında var olan ve bir kısmı da kalıtsal olan fiziksel farklılıkların değil de diğer farklılıkların ayrımcılığa ya da ön yargıya neden olmasının biyolojiyle ilgisi olmadığı, saç rengindeki farklılıkların önemsiz, deri rengindeki farklılıkların önemli olması örneğinde olduğu gibi, ırk kavramının, toplumsal açıdan önemli kabul edilen fiziksel çeşitlilikler olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁸⁶. Zira bu görüşe göre, “ırk” kavramı, 17. yüzyılın sonlarına doğru ve Avrupa tarafından keşif ve sömürgeciliğin başlatılmasının ardından, fiziksel farklılıklar temelinde ortaya çıkmış bir ideolojidir. 19 yüzyılda, köleliğin kaldırılmasından sonra ise, bu ideoloji sosyal bölünme ve tabakalaşmanın yeni bir işleyiş şekli olarak ortaya çıkmıştır²⁸⁷. Buna karşılık, biyolojik temeli reddedilse bile, ırkın birçok insan için bir anlamı olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır²⁸⁸.

Şu halde, öyle ya da böyle ırk kavramının biyolojik bir şeyi çağrıştırdığı ve yanlışlıkla değişmediği, bu özelliği nedeniyle de “etniklik” kavramından ayrıldığı ifade edilmiştir. Zira etniklik, bütünüyle toplumsal bir kavram olup, etnik grupların üyeleri kendilerini,

²⁸⁵ **Encyclopedia Britannica**, race, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 04.03.2016).

²⁸⁶ **GIDDENS**, s. 534.

²⁸⁷ **Encyclopedia Britannica**, race, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 04.03.2016).

²⁸⁸ **GIDDENS**, s. 534.

toplumdaki diğer gruplardan kültürel olarak farklı görür ve bu gruplar tarafından da farklı görülürler. Bu farklılıklar genelde dil, tarih, atalar, din, giyim ya da süslenme tarzları temelinde ortaya çıkmaktadır. Etniklik, doğuştan gelen bir takım özellikleri değil, sonradan öğrenilen ve özümseyen bir takım yaşam tarzını ya da normları ifade etmektedir²⁸⁹.

Kanaatimizce, TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası bakımından ırk kavramı, farklı dilleri konuşan yahut farklı dini grupları kapsamadığı gibi, politik, milli ya da etnik grupları da kapsamına almamaktadır. Kanaatimizce ırk kavramı, ten ve saç rengi, fizik ve yüz özellikleri gibi biyolojik bir takım farklılıkları işaret eden ve dar bir şekilde anlaşılması gereken bir kavramdır. Yargıtay halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bağlamında vermiş olduğu bazı kararlarda “*Türk*” yahut “*Kürt*” ifadelerini ırk kavramı kapsamında değerlendirmiştir²⁹⁰.

Biz ırk kavramının dar yorumlanması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, 216. maddenin genişletilmesi ve değerlendirme kısmında önerdiğimiz düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

e. Din

Din sözlükte, Tanrı'ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, bu nitelikteki inançları kurallar, kurumlar, töreler ve semboller biçiminde toplayan, sağlayan düzen, inanılıp çok bağlanılan düşünce, inanç veya ülkü, kült, diyanet olarak tanımlanmıştır²⁹¹.

Sosyolojik açıdan din ise, tanrı ya da tanrılara inançtan ziyade “*kutsal*” fikrine dayalı olan ve müminleri bir sosyo-dinsel topluluk içinde birleştiren bir inançlar, semboller ve

²⁸⁹ GIDDENS, s. 535.

²⁹⁰ “Tekman İlçe Sağlık Ocağında doktor olarak görevli olan sanığın ayrımcılık yaparak Kürt kimlikli hastalara aşağılayıcı konuşmalar yaptığı, 12.5.1999 günü güvenlik kuvvetleriyle bölücü teröristler arasında çıkan çatışmada şehit düşen güvenlik gücü mensuplarıyla ölü ele geçirilen teröristlerin cesetleri sağlık ocağına getirilirken, ruhsatlı tabancasını ocağın önünde toplanmış olan topluluğa doğrultarak ‘pis Kürtler, sizin hepinizi öldürmek gerek, şerefsiz Kürtler, hepiniz öldürülmeye layıksınız’ gibi sözlerle halkın bir bölümünü diğerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği; nefret yayan, çatışmaya kışkırtan ve şiddet kullanmaya davet eden bu ifadelerin duyarlı durumda bulunan bir topluluk önünde sarf edilmiş olması sebebiyle kamu düzeni için somut bir tehlike oluşturması karşısında...” Yarg. 8. C.D., 2003/6702, 2004/5969 K., 29.06.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016), “Suça konu yazıda yer alan ‘Kürt halkı ekonomik ve siyasi baskıların yanı sıra bir de ulusal baskıya maruz kalmaktadır... Bir halkı ezen bir başka halk özgür olamaz. Kürt halkının kurtuluşu da sömürü ve baskı düzeninin yıkılmasından geçer. Bu düzenle barış olmaz...’ şeklindeki ifadeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, halkı ırk veya bölge farklılığına dayanarak birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, mahkemenin eylemi TCK.nun 312/2-son madde ve fıkraları kapsamında değerlendirmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yarg. 8. C.D., 2003/4557, 2004/3757 K., 26.04.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:25.11.2016).

²⁹¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

pratikler (örneğin ritüeller) kümesi olarak tanımlansa da²⁹² karşılıklı olarak birbirini dışlayan birçok din tanımının olduğunu ifade etmek gerekmektedir²⁹³. Zira bazılarına göre din, kişinin hayatının anlamı yönünden getirilen cevaplardır ve bu anlamda herkesin bir dini vardır²⁹⁴.

Dinin bir sistem olduğu, bu sistemin unsurlarının kurumlar ve ayinlerden oluştuğu ve dinin temel prensiplerinin ayinleri oluşturan ritmik hareketler, rutinler ve imanın belirli biçimlerinden meydana geldiği ifade edilmiştir. Zira din, ampirik bir temele değil, vahiyler, ilhamlar ve mucizelere dayanan, tabiatüstü ilahi bir varlık tarafından bazı şekiller altında emredildiği kabul olunan kural ve inançlardan oluşmuş bir bütün olarak tanımlanmaktadır²⁹⁵.

Elbette, bir toplumun din olmadan da devam edebileceği, dinin bir kötülük aracı ve insanların bu dünyada mutluluğa kavuşmalarını engelleyen bir fonksiyonu olduğunu ifade eden görüşler de vardır. Zira bu görüşlere göre din, var olan düzenin devamını destekleyen, bazı davranışları kutsal addetmek suretiyle sosyal değişimlere karşı duran bir sosyal kontrol aracı olmaktadır²⁹⁶. Bazı görüşler ise, dinin hakikî tabiatını sosyoekonomik bir antropolojiye dayandırmakta, maddi yokluktan doğmuş hayali bir yapı olan dinin ve ona bağımlılık duygusunun, yaşam şartlarının düzelmesiyle kaybolacağı iddiasındadırlar²⁹⁷.

Dünya tarihini en fazla etkisi altına alan dinler, Yahudilik, Hristiyanlık ve İslamiyet olarak ifade edilmektedir. Bunun dışında, dünyada bugün uzak doğu dinlerinin de etkisi görülmektedir. Hinduizm, Budizm, Konfüçyanizm ve Taoizm, önde gelen dinler arasında sayılmaktadır²⁹⁸.

Yargıtay'a göre din, bir topluluğun sahip olduğu kutsal kitap, peygamber ve Allah kavramını da genellikle içinde bulunduran inanç sistemi ve bu sisteme bağlı olarak yerine getirmeye çalıştığı ahlaki kurallar bütünüdür. Dini inanç, dine inanan, belirli bir dine mensup kişinin duygularıdır. Yine Yargıtay'a göre, kutsal varlıklara bağlılık ve inanç

²⁹² MARSHALL, Çev. AKINBAY/KÖMÜRCÜ, s. 156, DÖNMEZER, Sulhi, Sosyoloji, İ.İ.T.İ.A Nihad Sayar- Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları No: 299/526, İstanbul, 1978, s. 254.

²⁹³ KURT, Abdurrahman, Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu, UÜİFD, Cilt:17, Sayı:2, 2008, s. 81.

²⁹⁴ DÖNMEZER, Sosyoloji, s. 254.

²⁹⁵ DÖNMEZER, Sosyoloji, s. 254.

²⁹⁶ DÖNMEZER, Sosyoloji, s. 256, 257.

²⁹⁷ WAARDENBURG, Jacques, Din Bilimlerinin Tarihçesi, Çev. Ramazan ADIBELLİ, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı: 16, Yıl : 2004/1, s. 282.

²⁹⁸ GIDDENS, s. 589-592

dindir²⁹⁹. Din insanın hayatı algılanmasına yardımcı olsa bile, insanın içinde bulunduğu sosyal çevrenin etkisiyle ve genel olarak bilimsel gerçekliği kavranmadan bağlanılan bir olgudur³⁰⁰.

Diğer yandan Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), 765 sayılı TCK'nun 163. maddesi³⁰¹ kapsamında yargılanan ve kendilerini Yehova Şahidi olarak adlandıran sanıkların, Yehova Şahitliği'nin müstakil bir din olmaması nedeniyle dine ve dindara tanınan Anayasal haklardan, inanmak, inandığının gereğini yerine getirebilmek ve dini propagandasını yapabilmek haklarından istifade edemeyeceklerinin ve Yehova Şahitliği'nin dini görünümlü, devletin siyasal, sosyal, ekonomik ve hukuki temel esaslarını belirli din esaslarına uydurmaya çalışan gizli bir cemiyetten ibaret olduğunun kabul edilerek cezalandırıldığı davada, *“Din kişi ile olağanüstü güçler arasındaki kavrayış ve iman ediş biçimidir ve bunun belirli şekillere uygun olması gerekmez. Anayasal haklardan yararlanabilmek için inanılan görüşün müstakil bir din olması da şart olmayıp, dinsel nitelikte bulunması yeterlidir. Kaldı ki, bir dinsel görüşün zorunlu bir model ölçü alınıp bu modele uyması halinde müstakil bir din oluşturacağını ve Anayasal haklardan yararlanacağını kabul etmek, başka bir deyişle dinlerde mutlaka belirli ibadet, cemaat ve sistemlerinin varlığını aramak, laiklik ilkesine ve Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan ‘herkes vicdan dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir’ ana kaidesine aykırıdır.”* ifadelerine yer vermiştir³⁰².

Anayasa Mahkemesi ise, *“Anayasa'nın 24. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘vicdan’, ‘dini inanç’ ve ‘kanaat’ kavramlarının tanımlanmasının zorluğu açıktır. Bu zorluk sebebiyle kapsamlı bir tanım yapmak yerine bir davranışın Anayasa'nın 24. maddesinin koruma alanında kalıp kalmadığı somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir.”* tespitinde bulunmaktadır³⁰³.

²⁹⁹ YCGK, 2014/15-399 E., 2015/272 K., 15.09.2005, YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005, Yarg. 2. C.D., 2014/30242 E., 2016/8908 K., 10.05.2016, Yarg. 15. C.D., 2013/17061 E., 2015/30997 K., 09.11.2015, Yarg. 15. C.D., 2015/9429 E., 2015/30785 K., 04.11.2015., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

³⁰⁰ Yarg.15.CD, 20.02.2013, 2011/24095 E., 2012/11245 K, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

³⁰¹ “Devletin sosyal ve ekonomik veya siyasi veya hukuki düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla veya siyasi amaçla veya siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla, dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri alet ederek propaganda yapan veya telkinde bulunan kimse, beş yıldan on yıla kadar hapisle cezalandırılır.”

³⁰² YCGK, 1985/9-596 E., 1986/293 K., 26.05.1986, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

³⁰³ Any. Mh. Tuğba Arslan Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi:02.11.2016),

Anayasa Mahkemesi'nin semavi ve semavi olmayan din kavramlarına ilişkin değerlendirmeleri için bkz. Any. Mh., 1986/11 E., 1986/26 K, 04.11.1986, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

İHAM bakımından ise, İHAS'nin 9. maddesini sözleşme organları, gerek yetki sorunu gerekse de işin doğası gereği, 9. maddenin koruma alanının açılabilmesi için gerekli olan kıstasları belirlemekle yetinerek, din ya da inanç terimlerini doğrudan tanımlamaktan kaçınmıştır³⁰⁴. Nitekim *Kimlya ve Diğerleri v. Rusya* kararında Mahkeme, bu hususu “bir inançlar bütününe veya ilgili ifade ediliş biçimlerinin soyut olarak bir ‘din’ olduğuna karar vermek Mahkeme’nin görevi değildir.” demek suretiyle açıkça belirtmiştir³⁰⁵. Bu anlamda Sözleşme’nin 9. maddesi, spesifik olarak din özgürlüğünü düzenlemekteyse de maddenin, tüm kişisel, politik, felsefi, ahlaki ve elbette dini inanç ve kanaatlere de bir koruma alanı sağladığı³⁰⁶, “din veya inanç” ifadesinin sadece geleneksel dinleri değil, aynı zamanda dinsel olmayan inançları ve azınlıkta kalan çoğu düşünceyi de kapsamına aldığı³⁰⁷ ve böylece, klasik din kavramının içine girmeyen bazı durumlara karşı daha esnek bir tavır sergileyebilme imkânının da ortaya çıktığını ifade etmek mümkündür³⁰⁸.

Diğer yandan Mahkeme’ye göre, buradaki belirleyici ölçüt, temel hak süjesinin dinsel inancı ve dini topluluğun kendi anlayışı olmadığından, bir topluluğun, bir dine inandığı ve bir dini cemaat oluşturduğuna dair kendi anlayışı ve iddiası, kendisi ve üyeleri için din özgürlüğüne dayanmayı her zaman haklı kılmamaktadır. Bu nedenle İHAM, karma nitelikte bir çözümü benimseyerek, ilgilinin kendi anlayışının, en azından bir çıkış noktası olarak kabul edilmesi ve fakat dışarıdan da asgari koşulların yerine getirilmesini kabul etmektedir³⁰⁹.

³⁰⁴ AĞIRBAŞLI, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1199>, (Erişim Tarihi: 13.05.2014), s. 86.

³⁰⁵ *Kimlya ve Diğerleri v. Rusya*, Başvuru No.76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009, hudoc.echr.coe.int/, (Erişim Tarihi: 02.11.2016).

MURDOCH, Jim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları, Şen Matbaa, Ocak 2013, s. 17.

³⁰⁶ RENUCCI, Jean-François, Article 9 of The European Convention On Human Rights Freedom of Thought, Conscience and Religion, Human Rights Files, No. 20, Council of Europe Publishing, 2005, s. 12.

³⁰⁷ ARSLAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü, s. 36.

³⁰⁸ AĞIRBAŞLI, s. 86.

³⁰⁹ KANATOĞLU, Korkut, Laiklik ve Din Özgürlüğü, TBB Dergisi, Sayı: 109, 2013, s. 359,

Nitekim Mahkeme *Campbell ve Cosans Birleşik Krallık* davasında, başvuruya konu olan inancın, belli bir düzeyde ikna kabiliyetine, inandırıcılık, ciddiyet, bütünlük ve belli bir öneme sahip olması gerektiğine değinmiş, inancın insan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne hitap etmesi ve aynı zamanda, Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer ve insan onuruna saygıyla bağdaşır nitelikte olması gerektiği yönünde görüş bildirerek, bu dış koşulların nelerden ibaret olduğunu da açıklamış bulunmaktadır. KANATOĞLU, s. 360, AĞIRBAŞLI, s. 86, MURDOCH, s.18. Wicca inancına sahip olduğunu iddia eden ve hapisane idaresi tarafından dosyasındaki din hanesine inancının yazılmadığı ve bu nedenle Sözleşme’nin 9. maddesinde yer alan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunan X. . /. *Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, “Her ne kadar, inancı açıklama özgürlüğü, mahkûmun dininin dosyasına yazılması bakımından çeşitli olanaklar sağlıyorsa da söz konusu olanaklar, mahkûmun bağlı olduğunu iddia ettiği inancın teşhis edilebilir olmasına bağlıdır. Oysa söz konusu davada başvuran, Wicca inancının var olduğunu herhangi bir olay/olgu ile gerekçelendirmemiştir.” ifadelerine yer vermiştir. X. . /. *Birleşik Krallık*, Başvuru No. 7291/75, 04.09.1977.

Mahkeme, semavi dinler ve Budizm gibi temel inanç sistemlerinin yanı sıra, Krişna İnancı³¹⁰, Yehova Şahitliği³¹¹, Tanrısal Işık Merkezi³¹², Scientology Kilisesi³¹³ gibi inanç sistemlerini de 9. madde kapsamında değerlendirmiştir. Her ne kadar felsefi ve siyasi görüşlerin birer inanç olarak kabul edilebilirliği konusunda açık bir içtihat yoksa da, esas itibarıyla siyasi, felsefi ve etik düşünce akımlarından olan Druidizm³¹⁴, Pasifizm³¹⁵, Veganizm³¹⁶ (Veganlık), Ateizm, Komünizm, Agnostisizm³¹⁷ ve Laisizm (laiklik), 9. maddenin korumasından yararlanmalarının yanı sıra, 10. maddede öngörülen ifade özgürlüğü ile 11. maddede garanti edilen örgütlenme özgürlüğünün de konusu olabilmektedirler. Bunun yanı sıra Mahkeme, İdealizm ve kendini ya da başkasını feda etmeğe dayalı (altruist) inançların Sözleşme'nin kapsamına girmediğini belirtmiş, ancak kürtaja karşı olan ve herhangi bir dini nitelik taşımayan, doktorların kurduğu bir derneğin başvurusunu 9. madde kapsamında incelemiştir³¹⁸.

Kanaatimizce, kişinin kendi hayatının anlamı yönünden ulaştığı cevapları ve bu anlamda herkesin bir dini olduğu görüşünü TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kabul etmek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar kişi, kendi hayat deneyimlerini kavramlaştırmak ve varoluşunu kendi ulaştığı kanaatlere göre devam ettirmek gibi bir özgürlüğe sahip olsa da ceza hukuku terminolojisi bakımından bir yeknesaklığın sağlanması ve 216. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suç tipinin oluşumu bakımından bir sınırlamanın getirilmesi gerekli olmaktadır. Bu nedenle, bu kişilerin sahip

³¹⁰ Krişna, tüm Hint tanrıları arasında en çok saygı gören ve en popüler olanıdır. Hindu tanrısı Vişnu'nun sekizinci tecessümü olarak ve en yüce tanrı olarak tapınılır. <https://global.britannica.com>, (Erişim Tarihi: 29.11.2016).

³¹¹ Yehova Şahitlerinin, geleneksel Hristiyan görüşlerini kabul ettikleri ve bunlarla birleştikleri noktalar bulunmaktadır. Ancak haç ya da başka dinsel nesnelerin kutsal olduğuna inanmamaları, savaşa karşı olmaları, evliliğin bir erkek ve bir kadın arasında ve boşanmanın ise cinsel ahlaksızlık dışında hiçbir geçerli nedeni olmaması vs gibi inançlara sahiptirler. <https://global.britannica.com>, <https://www.jw.org/tr>, (Erişim Tarihi: 29.11.2016).

³¹² 1930 yılında Delhi'de Hans Ram Singh tarafından kurulan ve Tanrıya içsel ışık ve seslerin eşliğinde, meditasyon yoluyla ulaşılabilirliğini savunan inançtır. <https://global.britannica.com>, (Erişim Tarihi: 29.11.2016).

³¹³ ABD'li yazar Lafayette Ron Hubbard tarafından geliştirilen bir inançtır ve görüşleri 1950 yılında yayımladığı Dianetics: Akıl Sağlığının Modern Bilmi kitabına dayanmaktadır. Dinin temel amacı, bireyin özgürleşmesinin sağlanmasıdır. Bu ise, deruni ben yani thetan'a ulaşmakla mümkün olabilir.

³¹⁴ Antik Keltik kültüründe bilge sınıfı olarak bilinirler. Genellikle meşe ormanlarındaki toplantılarda rahip, öğretmen ve yargıç olarak görünmüşlerdir. Bu kültüre ait en eski kayıtlar m.ö 3. yüzyıla dayanmaktadır. <https://global.britannica.com>, (Erişim Tarihi: 29.11.2016).

³¹⁵ Pasifizm, uyuşmazlıkların çözümünde savaşa ve şiddete başvurulmasını reddeder. Pasifizm, hangi koşullar altında bulunulursa bulunulsun bir devlet tarafından savaş yürütülmesi yahut kişisel olarak böyle bir savaş içinse bulunulmasının yanlış bir felsefe olduğunu savunur. <https://global.britannica.com>, (Erişim Tarihi: 29.11.2016).

³¹⁶ Veganlık ya da veganizm, çeşitli nedenlerle hayvan kökenli gıdaları ve diğer hayvansal ürünleri kullanmayı reddetmedir. <https://global.britannica.com/topic/vegetarianism#ref39107>, (Erişim Tarihi: 29.11.2016).

³¹⁷ Yunan kökenli ve bilinmezcilik ya da bilinemezlik olarak da adlandırılan akımdır. Doktrin, insanın, kendisinin ve kendisi dışındaki her şeyin varlığının ya da yokluğunun nereden türediğinin bilmediği veya bilemeyeceğini ileri süren felsefi bir akımdır. <https://global.britannica.com>, (Erişim Tarihi: 29.11.2016).

³¹⁸ KANATOĞLU, s. 360, AĞIRBAŞLI, s. 87.

olduğu görüşleri, din temeline oturtmaktan ziyade düşünce, kanaat ya da felsefi görüş temeline oturmanın kavramsal açıdan daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Zira vicdani inanç veya kanaat de varoluşa ve hayatın anlamına ilişkin olmakla beraber, kökeni bakımından mutlaka dini olmayan, felsefi veya başka türden de olabilen derin inançları ifade etmektedir³¹⁹. Kaldı ki, suç tipinin oluşması bakımından, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, halkın bir kesiminin yani genel nüfus içerisinde belli bir ağırlık ve önemi olan bir grup ya da topluluğun bu suçun mağduru olabileceğini belirtmiştik. Bu nedenle, kişisel bazı inançları bakımından suç oluşturabilecek bazı davranışlara maruz kalan kişilerin, koşulları oluşmuşsa hakaret, tehdit ya da ayrımcılık suçunun mağduru olabileceklerini ifade etmek gerekmektedir.

Bunun dışında din kavramına bir açıklık getirmenin zorluğu ve bu faaliyetin din bilimcilerin, sosyologların hatta felsefecilerin araştırmaları kapsamında olduğu gerçeği ile karşı karşıya bulunmamız nedeniyle dinin herkes tarafından kabul edilebilecek bir tanımını vermek mümkün görünmemektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki, bir sistemin din olup olmadığını anlamak için bazı kriterin ortaya atıldığı da görülmektedir³²⁰. Ancak asgari düzeyde hangi tür din ele alınırsa alınsın, hepsinin inanç, ibadet ve cemaat ortak noktalarında birleştiği ifade edilmiştir³²¹.

Son olarak, ateizmin “din” kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Ateizm, Tanrı ya da ruhani varlıklar gibi metafizik inanışların reddi ya da eleştirilmesi olarak açıklanmaktadır. Bu anlamda ateizm salt, Yahudilik, Hristiyanlık ya da İslamiyet’in reddi değil, Hinduizm, Budizm, antik Yunan ve Roma Tanrıları ya da Dinka ve Nuer gibi Afrika dinlerini de içine alan tüm dini inanışların reddi olarak kabul edilmektedir. Genel olarak ateizm, tanrı ya da tanrıların reddi olup, eğer din ruhani varlıklara inanç olarak tanımlanırsa, ateizmin de tüm dini inançların reddi olarak tanımlanabilmesi mümkündür³²².

³¹⁹ AĞIRBAŞLI, s. 85,

Nitekim İHAM de İHAS’nin 9. maddesinde koruma altına alınan din, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü ile kast edilen değerlerin, AİHS’nin 10. maddesinde öngörülen düşünce özgürlüğü ve onun konusunu oluşturan her türlü bireysel fikir ve tercihler ile karıştırmamak gerektiğini Campbell ve Cosans Birleşik Krallık davasında vurgulamıştır. Mahkemeye göre, “...olağan anlamıyla ‘kanaatler’ kelimesi, kendi içinde, ifade özgürlüğünü garanti altına alan Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından kullanıldığı şekliyle ‘düşünceler’ ve ‘fikirler’ kelimeleri ile eş anlamlı değildir; çoğunlukla düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü garanti altına alan ve belirli bir ikna gücüne, ciddiliğe, tutarlılığa ve öneme ulaşmış 9. madde de ifade edilen ‘inançlar’ kavramı ile daha benzerdir. AĞIRBAŞLI, s. 85.

³²⁰ Bu kriterler için bkz. KURT, s.81,82, GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 107.

³²¹ DOĞAN, Lütfi, Din ve Toplum, Sosyoloji Konferansları Dergisi, Sayı:17, 1979, s. 76.

³²² Encyclopedia Britannica, atheism, www.britannica.com (Erişim Tarihi: 16.05.2015)

Bu kapsamda, TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen “*din bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimi*” ibaresini, ateistlerin, tüm dini inanışları reddetmesinden yola çıkarak, din bakımından halkın farklı özelliklere sahip bir kesimini oluşturabilecekleri şeklinde bir yorum geliştirilebilirse de bu yorum, kıyasa yol açacak biçimde geniş bir yorum olacaktır. Bu anlamda ateizmin, 216. maddenin 1. fıkrası kapsamın din olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak elbette kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiillerin salt belli dini inançlara sahip olan kesimler arasında gerçekleşmediği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir dini inanca sahip olmayanların da madde kapsamında korunması gerektiği kanaatindeyiz.

f. Mezhep

Mezhep sözlükte, bir dinin görüş, yorum ve anlayış ayrılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biri, anlayış, görüş olarak tanımlanmıştır³²³.

Ayrıca mezhep, iman, ibadet, ahlak ve muamelatla ilgili konularda çözümler üretmek için ortaya çıkan İslam düşünce ekolleri anlamına da gelmektedir³²⁴. Şu halde mezhep, dinin anlaşılması ve algılanmasından, dini farklılaşmadan kaynaklanan grupları ve bunların fikir ve pratiklerin kurumsallaşmış halini ifade eder. Din bir inanan için üst kimlik kabul edilirse, benzer anlamlar kümesine sahip olmasına rağmen mezhep, o inanan için alt kimliği oluşturduğu ifade edilmiştir³²⁵.

Yargıtay’a göre ise, dinin içindeki anlayış ayrılıkları mezhepleri oluşturmaktadır³²⁶.

Hristiyanlığa ait mezhepler, Katoliklik, Ortodoksluk, Protestanlık, Monofizit Kiliseler, Ebiyonitler, Maroniler, Cizvitler, Uniteryenler, Metodistler, Mormonlar vb. olarak kabul edilirken, Yahudiliğe ait mezhepler, Ortodoks Yahudilik, Reformist Yahudilik, Muhafazakar Yahudilik ve Yeniden Yapılanmacı Yahudilik olarak kabul edilmektedir. İslam dininin mezhepleri ise, itikadi ve hukuki (ameli) mezhepler olarak iki kategoride incelenmektedir. Hukuki (ameli) mezheplerden günümüze kadar gelen dördü, Hanefî, Maliki, Şafî ve Hanbeli mezhepleridir. İtikadi mezhepler ise, ehli sünnet mezhebi

³²³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

³²⁴ **BOZKUŞ, Metin**, İslâm Mezhepleri Tarihi Açısından Dini Düşüncenin Geçirdiği Evreler, <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/339.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.04.2014), s. 197.

³²⁵ **UYAR, Mazlum, BÜYÜKKARA, Mehmet Ali, ÜZÜM, İlyas, DALKILIÇ, Mehmet, TEBER, Ömer Faruk**, İslam Mezhepleri Tarihi, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2055, s. 17,18.

³²⁶ **YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005., Yarg. 8. CD., 12.07.2007, 2007/5222 E., 2007/5583 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com**, (Erişim Tarihi: 10.09.2015).

(Sünniler) ve bunun dışındaki mezhepler olarak ikiye ayrılırlar. Ehli sünnet mehebinin de Maturidiyye ve Eşariyye diye iki ayrı kolu bulunmaktadır. Ehli sünnet dışındaki olan mezhepler ise, Şia, Haricilik, Mutezile, Müşebbihe, Cebriye, Mürkiye ve benzeri fikir grupları olarak kabul edilmektedir³²⁷.

g. Bölge

Bölge sözlükte, sınırları idari, ekonomik birliğe, toprak, iklim ve bitki özelliklerinin benzerliğine veya üzerinde yaşayan insanların aynı soydan gelmiş olmalarına göre belirlenen toprak parçası, mıntika olarak tanımlanmıştır³²⁸.

Yargıtay'a göre, toplumsal bilimlerde, türdeşlik ve bütünlük taşıyan, çevresindeki olanlardan seçilmiş tanımlayıcı, ölçütlerle ayırt edilen alan bölgedir. Etnik, kültürel ya da dilsel özellikler iklim ya da topoğrafik koşullar, sınai veya kentsel gelişmişlik-yoğunluk, yönetsel birimler, ekonomik uzmanlaşma bölge tanımında özellik kazanabilir³²⁹.

h. Cinsiyet

Cinsiyet sözlükte, bireye üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkeklerle dişiği ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinslik olarak tanımlanmıştır³³⁰.

Sosyolojik bakımdan ise, bedenın erkek ya da dişi olarak tanımlanmasına neden olan anatomik ve fizyolojik farklılıkların ifadesi olarak kullanılmaktadır³³¹.

Cinsiyet, doğumla beliren bir kavram olup, kadın ya da erkek olarak, kişinin biyolojik statüsünün göstergesidir. Bu biyolojik durum ise öncelikle, kromozomlar, hormon yaygınlığı ve iç ve dış anatomi gibi fiziksel özelliklerle ilişkilidir³³².

Toplumsal cinsiyet ve cinsiyet kavramları birbirinden farklı anlamlara gelmektedir. Zira toplumsal cinsiyet kavramı, kadınsılık ve erkeksilik üzerine kurulan toplumsal bir inşa olarak değerlendirilip, sosyal ve kültürel farklılıklara işaret ederken, cinsiyet, biyolojik ve bu nedenle ortadan kaldırılamaz farklılıklara işaret etmektedir³³³. Bu anlamda toplumsal

³²⁷ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 121-126.

³²⁸ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

³²⁹ YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005, Yarg. 8. CD., 12.07.2007, 2007/5222 E., 2007/5583 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015).

³³⁰ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

³³¹ GIDDENS, s. 505.

³³² AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, What is the difference between sex and gender?, <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.03.2016).

³³³ HEYWOOD, s. 309.

cinsiyet, kadın ve erkeğe toplumsal olarak biçilen roller, davranışlar ve özelliklerle ilişkili bir kavramdır. Bu nedenle cinsiyet, farklı kültürler arasında aynı olmasına rağmen, toplumsal cinsiyet farklılık göstermektedir³³⁴.

Cinsiyet kimliği kavramı da cinsiyet kavramından farklı anlama gelmektedir. Zira cinsiyet kimliği, bir kimsenin kendisini kadın, erkek ya da trans cinsiyet gibi hissetmesi ile ilişkili olup, eğer bir kimsenin cinsiyet kimliği ile cinsiyeti uyumsuzsa, kişinin trans cinsiyet olarak tanımlanması söz konusudur. Trans cinsiyet kavramı altında birçok kimlik bulunmakla birlikte (karşı cinsin kıyafetlerini giyenler, zenneler, kendini ne kadın ne de erkek olarak tanımlayanlar, çift cinsiyetliler, çift ruhlular, üçüncü cinsiyetliler... vs.) bunlardan transseksüel kavramı, cinsiyet kimliğinin cinsiyetten farklılık arz ettiği durumu ifade etmektedir. Genellikle transseksüel kişiler, hormon tedavisi ve/veya cerrahi girişimle vücutlarını değiştirmekte ya da değiştirmek istemekte, böylece kendi bedenlerini cinsiyet kimlikleriyle olabildiğince uyumlu hale getirmektedirler. Tıbbi müdahaleler sonucu gerçekleştirilen bu işlem sıklıkla “*cinsiyet değişikliği*” olarak adlandırılrsa da son zamanlarda “*cinsiyet doğrulama*” olarak nitelendirilmektedir. Bu anlamda kadın olarak doğmuş fakat erkek gibi hisseden ve yaşayan veya tam tersi erkek olarak doğmuş ve fakat kadın gibi hisseden ve yaşayan insanlar, tıbbi müdahaleler neticesinde bir erkek yahut bir kadın bedenine sahip olmaları nedeniyle transseksüel olarak adlandırılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kişilerden bazıları kendilerinin, transseksüel olarak değil kadın veya erkek olarak adlandırılmalarını istemektedirler³³⁵.

Cinsiyet kimliği ile cinsel yönelim de birbirlerinden farklı kavramlardır. Cinsel yönelim, bir kimsenin başka bir kimseye duyduğu fiziksel, romantik ve/veya duygusal çekimken, cinsiyet kimliği, kişinin, kadın, erkek ya da trans cinsiyet olduğuna yönelik iç duygusudur. Bu kapsamda trans cinsiyetli kimseler de trans cinsiyetli olmayan insanlar gibi heteroseksüel, lezbiyen, gey, biseksüel ya da aoseksüel olabilirler³³⁶. Bu cümleden olarak, cinsel yönelim bakımından insanların heteroseksüel (karşı cinse ilgi duyan),

³³⁴ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, What is the difference between sex and gender?, <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.03.2016).

³³⁵ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, What are some categories or types of transgender people?, <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.03.2016).

³³⁶ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, What is the relationship between gender identity and sexual orientation?, <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.03.2016).

gey/lezbiyen (aynı cinse ilgi duyan) ve biseksüel (her iki cinse de ilgi duyan) olmak üzere genel olarak üç kategoriye ayrıldığını ifade etmek mümkündür³³⁷.

İnceleme konumuz kapsamında, yukarıda değinilen kavramlardan “*cinsiyet*” kavramına, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda değil, halkın bir kesimini aşağılama suçunda yer verilmiştir. Burada kanun koyucunun aşağılamaya maruz kalan kesim bakımından belirlediği özellik ise, doğumla elde edilen fiziksel ve biyolojik durumdur. Dolayısıyla madde kapsamında, cinsiyet kimliği yahut cinsel yönelimi dolayısıyla kasten öldürme, kasten yaralama gibi birçok suç yanında birçok aşağılayıcı davranışlara da maruz kalan halk kesimleri, gerek 216. maddenin 1. ve gerek ise 2. fıkrası kapsamında korunmamaktadır. Dolayısıyla kanaatimiz, cinsel yönelim yahut cinsiyet kimliği bakımından kin ve düşmanlık fiillerinin mağduru olan bu kesimin, 1. fıkra kapsamında da koruma altına alınması gerektiğidir. Bu hususun oldukça önemli bir eksiklik olduğunu tespit etmekle birlikte, maddenin kapsamının ne şekilde genişletilmesi gerektiğine ilişkin görüşümüzü değerlendirme kısmında ifade etmeyi daha uygun buluyoruz.

i. Değerlendirme

216. maddenin 1. fıkrasının, mevcut haliyle günümüz ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte olmadığını ifade etmemiz gerekmektedir. Zira kanun koyucu suçun yöneldiği topluluğu salt sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge olarak belirlemiştir. Oysa halk kesimleri arasında, bu özelliklerden başka bir takım nedenler ya da özellikler dolayısıyla da kin ve düşmanlığa tahrik fiilleri gerçekleştirilmekte ve farklı özelliklere sahip kişi toplulukları kin ve düşmanlığa maruz kalmaktadırlar. Bu nedenle madde metninin genişletilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta da birçok ülkenin mevzuatı bakımından incelediğimiz üzere, yapılan değişikliklerle çalışma konumuza ilişkin suç tiplerinin mağdur unsurunun genişlemekte olduğu görülmektedir. Bu kapsamda TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında kendisine karşı kin ve düşmanlık tahrikinde bulunulan halk kesiminin sahip olması gereken özelliklerin, oldukça dar bir temele oturduğunu ve günümüz gelişmelerinin gerisinde kaldığını ifade etmek mümkündür.

³³⁷ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, What is sexual orientation?, <http://www.apa.org/topics/lgbt/orientation.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.03.2016).

Kanaatimizce suçun mağduru salt halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimi olarak sınırlanmamalıdır. TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasının mağduru tanımlayan kısmı “*Halkın bir kesimini ırk, etnik köken, dini inanç, inançsızlık, mezhep, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, düşünce, siyasi ya da felsefi görüş veya bölge bakımından, sayılan özelliklere sahip diğer bir kesimine karşı*” şeklinde düzenlenmelidir³³⁸.

Burada aydınlatılması gereken diğer bir husus, halkın bir kesiminin diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilirken, birbirlerine karşı tahrik edilen halk kesimlerinin ortak bir kavram temelinde var olan zıtlıklarının/farklılıklarının kin ve düşmanlığın konusunu oluşturup oluşturmayacağıdır. Bir diğer ifadeyle, örneğin halkın belli bir dine inanan bir kesiminin, cinsel yönelim bakımından farklı tercihleri olan bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi halinde, TCK'nun 216. maddesi anlamında tipik bir fiil oluşacak mıdır? Bu anlamda, İslamiyet'e yahut Hristiyanlığa inanan bir kesimin, farklı cinsel yönelimlere sahip insanların sapkın ve günahkâr olduğunu, bu kimselerin toplumdan dışlanması hatta yok edilmesi gerektiğinin ifade edilmesi halinde ne şekilde bir yol izlenecektir?

Kanaatimizce, birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilen halk kesimlerinin, sahip oldukları özellikler bakımından, ortak bir üst kavram altında bazı farklı niteliklere sahip olmaları gerekliliği (Müslümanlar-Hristiyanlar (din), Romanlar-Kürtler (etnik köken), Sünniler-Şafililer (mezhep) gibi) üzerinde durulabilirse de, madde metninin korumak istediği hukuki değer göz önünde bulundurulduğunda, bu şekilde bir sınırlandırmanın mümkün olamayacağını ifade etmek gerekir. Bu anlamda, önerdiğimiz metin kapsamında, halkın belli bir dine inanan bir kesiminin, cinsel yönelim bakımından farklı tercihleri olan bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi halinde de tahrik fiilinin TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Diğer bir husus, aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olan kesim ya da toplulukların birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi halinde suçun oluşup oluşmayacağıdır. Hâlihazırdaki düzenleme kapsamında bu soruya olumlu yanıt verme imkânının olmadığı

³³⁸ Doktrinde, suçun kapsamının dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olmak ve mülkiyet bakımından genişletilmesini savunan görüşler de bulunmaktadır. ŞEN, Ersan, Tür Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000, s. 23.

açıkça görülmektedir. Zira aksi bir durum, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan “*Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*”ne aykırılık oluşturur³³⁹. Ancak sorun, bizim önerdiğimiz metin kapsamında ele alındığında, aynı ayırıcı özelliklere sahip halk kesimi arasında kin ve düşmanlığa tahrik fiillerinin cezalandırılması da söz konusu olabilecektir. Örneğin, aynı etnik kökene sahip olmakla birlikte, farklı dini inanışlara sahip halk kesimlerinin birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi halinde, suçun oluşması söz konusu olacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken husus, madde metninde belirtilen özelliklere sahip halk kesiminin failin anlayışına göre mi yoksa objektif olarak mı belirleneceğidir. Kanaatimizce burada önemli olan husus, tahrik fiilinin yöneldiği halk kesiminin madde metninde sayılan özelliklere sahip olduğunun dışarıdan bakıldığında anlaşılabilir olmasıdır. Bu kapsamda, failin kin ve düşmanlığa tahrikte bulunurken, tahrik fiilinin yöneldiği topluluğun ya da halk kesiminin özellikleri bakımından hataya düşmesinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur.

5. Konu

a. Genel Açıklamalar

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun konusu, kamu güvenliğidir.

Suçun kanuni tarifinde yer alan fiilin, suçun konusu üzerinde ortaya çıkardığı etkiye göre suçlar, zarar suçları veya tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Zarar suçlarında, suçun konusu üzerinde bir zararın meydana gelmiş olması aranırken, tehlike suçlarında zarar tehlikesinin meydana gelmesi yeterlidir³⁴⁰. Bir başka ifadeyle, suçun

³³⁹ Yargıtay’a göre de suç ve cezada yasallık ilkesi nedeniyle aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların yekdiğerine karşı kışkırtılması halinde anılan suç oluşmayacaktır. **YCGK, 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, YCGK, 2004/8-130 E., 2004/36 K., 23.11.2004., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016),**

Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın, madde metnindeki “*din*” ifadesini, “*din ve inanç*” olarak kabul ettiği ve bir inanca sahip olanlarla olmayanlar arasında gerçekleştirilen kin ve düşmanlığa tahriklerin de din farklılığına dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturduğunu kabul ettiği kararları bulunmaktadır. **Yarg. 8. C.D., 1999/1140E., 1999/3117 K., 10.03.1999.,**

Benzer şekilde, laik kesim yahut laik düşüncedekilere karşı kin ve düşmanlık tahrikinde bulunulmasının da madde kapsamında değerlendirilebileceği kanaatinde olduğu kararları da vardır. **YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.3.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015).**

³⁴⁰ **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 59, 60,

zarar ve tehlike kavramlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **KUNTER**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 116 vd.

konusunun zarara uğraması aranıyorsa zarar, maddi konunun tehlikeye maruz kalması yeterli sayılıyorsa tehlike suçundan söz edilir³⁴¹.

Zarar suçlarında ortaya çıkan zarar, parasal bir ölçüme tabi olan bir zarar olmaktan ziyade, çıkar kaybı, olumsuz sonuç ya da ziyan olarak anlaşılmaktadır. Tehlike suçları ise, suçun konusu üzerinde bir zarar tehlikesi meydana gelmesiyle oluşan suçlardır³⁴². Tehlikeden maksat, adet ve kural dışı yaratılmış bir halin varlığı olup, somut duruma göre imkândan çok ihtimalin var olmasıdır³⁴³. Bu anlamda tehlike, failin fiilinin yol açtığı ve somut koşullara göre zararın gerçekleşmesini muhtemel kılan alışılmadık bir durumdur. Genel hayat tecrübelerine göre zarar olasılığı yakınsa, zararın doğacağına ilişkin haklı kaygılar varsa ya da zararın doğacağı düşünülebilirse tehlikenin ortaya çıkması muhtemeldir ve somut olayda tehlike söz konusudur. Bu anlamda, zararın ortaya çıkması bakımından, sadece bir olasılık ya da uzak bir olasılık tehlikenin varlığı için yeterli değildir³⁴⁴.

Tehlike suçları, somut ve soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Somut tehlike suçlarında, suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin ortaya çıkmış olması aranır. Bu nedenle bazı yazarlar ortaya çıkan bu tehlikeyi, suçun neticesi olarak kabul ederler. Soyut tehlike suçlarında ise, suçun konusu üzerinde bir tehlikeye sebebiyet verilip verilmediğinin araştırılmasına gerek yoktur. Kanun koyucu bu tip suçlarda, hareketin yapılmasıyla, suçun konusunun tehlikeye girdiğini peşinen kabul etmektedir. Bu nedenle bu tip suçlara, “*genel tehlike suçları*” ismi de verilmektedir³⁴⁵. Soyut tehlike

³⁴¹ **ZAFER**, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 13, 14.

³⁴² **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 212, **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.109.

³⁴³ **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul, 1989, s. 59, 60, zarar ve tehlike kavramları ayrıntılı bilgi için bkz. . **KUNTER, Nurullah**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 116 vd.

³⁴⁴ **AYDIN, Öykü, Didem**, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013), **DOW/SHIELDES**, s. 1229,

Yargıtay’a göre de “*Tehlike suçu kavramının, faile ilişkin tehlikelilik haliyle ilgisi yoktur. Suçun maddi ögesi ile ilgilidir. Ceza Hukuku yalnız insan hareketinden bilfiil doğan sonuçlarla değil doğabilecek sonuçlarla da ilgilenir. Bu noktada tehlike kavramı karşımıza çıkar. Çağdaş hukukta, tehlike olasılıktan başka bir şey değildir, zarar doğurmaya elverişli tehlike, korunan hukuksal değeri bozabilecek nitelikte bulunduğu takdirde tehlike doğmuş ve buna bağlı olarak da suç oluşmuş bulunacaktır. Tehlikenin boyutu, yasal çerçevede alınması gereken önlemleri de beraberinde getirir. Kamu düzenine yönelik gerçek bir tehdidin bulunması halinde, tehlike ile orantılı zaman ve mekâna ilişkin koşullar dikkate alınmak zorundadır. Kamu düzeni kavramı da toplumlara ve ülkelere ve onların yapılarına göre değişiklik gösterebilir. Milletlerin sosyal ve psikolojik şartları daima birbirinin aynı değildir. İşte burada devletlerin takdir marjı karşımıza çıkar. Devletler bunun biçimlendirilmesinde toplumsal yapılarının yanında, tarihsel geçmişlerini de gözetmek durumundadırlar. Her toplumun, kamu düzeninin korunması için farklı tedbirleri gerektiren özellikleri ve gerçekleri vardır. YCGK., 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, 8.CD, 2007/5222 E., 2007/5583 K., 12.7.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).*

³⁴⁵ **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 59, 60.

suçlarında, suç teşkil eden icrai ya da ihmali hareketin, suçun konusu üzerinde gerçekten bir tehlikeye neden olup olmadığı, somut olayda hâkim tarafından araştırılmamaktadır³⁴⁶. Böylece, soyut tehlike suçları, kanuni tarifte yer alan fiilin işlenmesiyle, suçun konusu üzerinde bir tehlikenin ortaya çıkacağı varsayımına dayanan suçlardır. Bu nedenle de suç tipinde belirtilen hareketin yapılması yeterli olup, hâkim tarafından suçun konusu üzerinde somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılması gerekmemektedir³⁴⁷.

Somut tehlike suçları ise, kanuni tarifte yer alan fiilin işlenmesinin yanı sıra, bu fiilin suçun konusu üzerinde somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin hâkim tarafından araştırılmasını gerektiren suçlardır³⁴⁸.

Suçun tamamlanabilmesi için, maddi konuya zarar verme ihtimalinin yani tehlikenin doğmuş olması gerekir. Bu nedenle bazı yazarlara göre, somut tehlike suçları, maddi konu üzerinde yaratılacak tehlikeye yasal metinde yer verildiği için nedensellik bağı bakımından neticeli suçlardandır. Somut tehlike suçlarında soyut tehlike suçlarından farklı olarak tehlikenin varlığı konusunda bir varsayıma dayanılmaz³⁴⁹.

İnceleme konumuz bakımından bir değerlendirme yaptığımızda, 765 sayılı TCK döneminde, 1981 yılında yapılan değişikliğe kadar, cemiyetin muhtelif sınıflarının, kin ve adavete tahrikinin cezalandırılması, bu fiilin umurun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmiş olmasına bağlı kılınmıştır. Doktrinde, bu düzenlemenin soyut tehlike suçu olduğu zira söz konusu düzenleme bakımından umurun emniyetinin fiilen ihlal edilmiş olmasının

³⁴⁶ **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 61.

³⁴⁷ **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 212, **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 251.

³⁴⁸ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 287, **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 213, **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 251.

³⁴⁹ **ZAFER**, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 14,

Ayrıca tehlike suçlarıyla teşebbüs kurumu arasındaki ilişki ve tartışmalar için bkz. **DÖNMEZER/ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s. 372, **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 62, 29, **DARAGENLİ, Vesile, Sonay**, Tehlike Suçları, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 15,16, **ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa, Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 184, **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 3159,

Eylül- 5 Ekim 1969 yılında Roma'da yapılan Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde tehlike suçlarına ilişkin bazı hususlar kabul edilmiştir. Buna göre, tehlike suçlarının cezalandırılması, ceza hukukunun genel prensiplerine aykırı değildir. Ancak cezalandırma, kanunilik ilkesine uygun olmalı ve özellikle çok genel, soyut veya belirsiz kavramlar kullanılmamalıdır. Tehlike suçlarının cezalandırılması, sadece ceza niteliğinde olmayan önleyici tedbirlerin yetersiz olması halinde kabul edilmeli, "varsayılan tehlike" sistemi ölçülü ve karinenin ortadan kaldırılması için delil sunma olanağı olmalıdır.

Aynı kongrede, şu önerilere yer verilmiştir;

- Cezai koruma, barışa ve insanlığa karşı suçlar gibi kişisel değerleri veya toplumsal temelleri koruyucu nitelikte olmalı,
- Suç sayılan fiillerin belirlenmesinde kanunilik ilkesi katı bir şekilde uygulanmalı, mesleki olarak sorumlu tutulacak kişilerin veya tehlike şekilleri açık bir şekilde belirlenmeli,
- Tehlike suçlarının cezalandırılmasında hâkime en etkili olabilecek cezayı, güvenlik tedbirleri veya toplumsal müdahaleyi belirleme yetkisi verilmelidir. **CANDAN, Burak**, Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 29 Eylül- 5 Ekim 1969), Suç ve Ceza, 2009, Sayı: 3, s. 106, 107.

gerekmediği, fiilin sadece kamunun güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikte olmasının yeterli görüldüğü ileri sürülmüştür³⁵⁰. 1981 yılında ve 2370 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, tahrik fiilinin, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmesi madde metninden çıkartılarak, kin ve düşmanlığa tahrik etmek, failin cezalandırılması için yeterli görülmüştür. Tahrikin, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmesi ise, cezanın artırılmasına neden olan bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu düzenleme bakımından da doktrinde, suçun temel halinin soyut ve nitelikli halinin ise somut tehlike suçu olduğu ifade edilmiştir³⁵¹.

5237 sayılı TCK bakımından ise, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Zira suçun oluşabilmesi için, halkın bir kesiminin diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik olmuş ve sonuç olarak da o kesime karşı suç işlemiş yahut kin ve düşmanlığın gereğini yerine getirmiş olması şart değildir. Suçun oluşması için kanun koyucunun yeterli gördüğü sınır, kamu güvenliğinin bozulması için açık ve yakın tehlikenin doğmuş olmasıdır³⁵².

Şu halde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, somut tehlike suçu olmakla birlikte, hâkimin somut olayda, kanuni tariftaki tahrik fiilinden başka, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin*” oluşup oluşmadığını araştırması beklenmektedir.

b. Kamu Güvenliği

Kamu güvenliği sözlükte, bir devlette zabıta hizmetleriyle halka sağlanan can ve mal güvenliği olarak tanımlanmıştır³⁵³.

Emniyet ya da emniyet ve asayiş olarak da kullanılan güvenlik kavramı ise, bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde can ve malları için endişe duymadan yaşamaları şeklinde tanımlanmıştır. Bu anlamda güvenlik, kişilerin can ve mallarının herhangi bir

³⁵⁰ DÖNMEZER, Matbuat Suçları, s. 34.

³⁵¹ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 212.

³⁵² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Cilt V, s. 6070,

Yargıtay ise, iki Kanun hükmü arasındaki farka şu şekilde değinmiştir:

“...5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeye göre suçun oluşması için ‘halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi’ yeterli olmayıp, bunun ‘kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikeyi’ ortaya çıkarması gerekmektedir. ‘Kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike’ unsurunun neyi ifade ettiği maddenin gerekçesinde, ...şeklinde açıklanmıştır. Görüldüğü gibi suç soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılıp somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturması ve bunu da somut olgulara dayalı olarak saptanması zorunludur.” YCGK., 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016)

³⁵³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

tehdit ya da tehlike altında bulunmaması, kişilerin bu yönde bir endişe duymaması, kaza ya da bir engellemeye maruz kalmamasıdır³⁵⁴.

Doktrinde ise, kamu güvenliğinin, insanların, yaşayışlarını bakımından zarar oluşturabilecek tehlikelere karşı korunması anlamına geldiği ifade edilmiştir³⁵⁵. Şu halde, kamu güvenliği ile birey ya da topluluklara karşı tehdit oluşturabilecek değişik kaza ve olayların önlenmesi anlaşılmaktadır. Buna göre, bireylerin, saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya, durdurulmaya, bekletilmeye ya da alıkonulmaya uğramadan ve bu nitelikteki fiillerle engellemeye uğramadan dolaşmaları ya da bir yerde bulunmaları ve bu yönde olumlu bir kanaate sahip olmaları, kamu güvenliğinin bir parçasını oluşturmaktadır³⁵⁶. Bu nedenle, bir özgürlüğün, kamusal alanda bir takım düzensizliklere yol açtığı durumlarda bazı sınırlamalarla karşılaşması zaruridir ve bu sınırlamanın gerekçesini, güvenlik kavramı oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle güvenlik, söz konusu özgürlüğün kullanılma sınırlarını belirlemektedir³⁵⁷. Belirtmek gerekir ki, söz konusu tehdit ya da tehlikeler, sadece beşeri nitelik taşımayıp, tabii nitelikte de olabilirler. Bu anlamdaki güvenlik ise, ceza hukuku anlamındaki düzenden daha geniş bir kapsama sahip bulunmakta ve idare hukukunun kapsamına girmektedir³⁵⁸.

Milli güvenlik ve kamu güvenliği birbirinden farklı anlamlara gelmektedir.

Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 2. maddesi ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği'nin 3. maddesine göre, milli güvenlik, devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını ifade etmektedir.

Milli güvenlik kavramının da niteliği gereği müphem ve siyasi takdire göre şekillenen bir kavram olduğunu söylemek mümkündür³⁵⁹. Tanımının yapılması oldukça zor olan bu kavramın dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde kullanıldığı görülmektedir. Milli güvenliğin salt milli savunmaya ilişkin sorunlara yönelik anlaşılması durumunda, kavramın

³⁵⁴ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 290

³⁵⁵ BAYRAKTAR, s. 92.

³⁵⁶ KABOĞLU, Din Özgürlüğü, s. 269.

³⁵⁷ KABOĞLU, İbrahim Ö., Kollektif Özgürlükler, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 136.

³⁵⁸ BAYRAKTAR, s. 92.

³⁵⁹ Anayasa Mahkemesine göre de “millî güvenlik ve kamu düzeni uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır.” Any.Mah. 1973/41 E., 1974/13 K., 25/04/1974, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 03.11.2016)

dar anlamından, kamu güvenliğiyle yahut devletin iç ve dış güvenliğiyle ilgili her sorunu içine alacak şekilde anlaşıldığında ise, kavramın geniş anlamından söz edildiği ifade edilmektedir³⁶⁰.

Şu halde, kamu güvenliği halkın gündelik yaşamının güvenlik, sağlık ve sükûn içerisinde geçirmesi bakımından alınan tüm önlemler olarak ortaya çıkarken, milli güvenlik, halkın, ülkenin ve yerleşik düzenin devamını sağlayıcı nitelikte üst düzey siyasal kararların alındığı durumlarda ortaya çıkan bir kavramdır³⁶¹. Bir diğer ifadeyle milli güvenlik kavramıyla anlatılmak istenen husus, devletin ve ülkenin iç ve dış güvenliğidir³⁶².

Yargıtay’a göre, kamu güvenliği sebepleri, “*vatandaşın insanca, huzur ve barış içinde yaşamasıdır. Bu amaca aykırı, zararlı, toplumu tehdit eden her türlü hareketler kamu güvenliğini bozar.*”³⁶³

Yukarıda ifade edilenler ışığında, kanaatimizce, TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”ndan maksat, tahrik edilen ve kendisine karşı tahrikte bulunulan halk kesimleri arasında oluşan düşmanlık duygularının sonucu olarak, söz konusu halk kesimlerinin yaşam, vücut bütünlüğü, hürriyet, cinsel dokunulmazlık, mülkiyet vs. gibi hakları üzerinde endişe doğuracak boyutta zarar ihtimalinin ortaya çıkmasıdır. Bu anlamda kamu güvenliği, kamu düzeninin bir parçası olarak, ceza hukuku terminolojisinde, kamu düzeninden daha dar bir kapsamı işaret etmektedir. Zira madde kapsamında kamu düzeninin bozulduğunun kabul edilebilmesi ve ceza hukuku araçlarıyla müdahalede bulunulmasının temel şartı, hak veya özgürlüklere yönelen acil bir tehlike yahut tehdidin oluşmasına bağlanmıştır. Bu anlamda, tahrik fiilinin cezalandırılmasının, içeriği oldukça belirsiz bir kavram olan “*kamu*

³⁶⁰ **AYBAY, Rona**, Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, AÜSBFD, Cilt:33, Sayı:1, 1978, s. 65,66, Bir kararında Anayasa Mahkemesi şu tespitlere yer vermiştir: “*Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘amme emniyeti’ (kamu güvenliği) ‘amme intizamı’ (kamu düzeni) ve ‘mülahaza’ gibi deyimler ve sözcükler itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamları uygulamalarla belirmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardandır, örneğin Anayasa’nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, ‘milli güvenlik’, ‘kamu düzeni’, ve değişik 15. maddesinde ‘kanunla yetkili kılınan merci’ deyimlerinin kullanıldığı görülmüştür. Hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasa’da yer almış bu terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği şüphesiz bulunmaktadır.” **Any.Mah. 1973/12 E., 1973/24 K., 7/6/1973, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr**, (Erişim Tarihi: 03.11.2016).*

³⁶¹ **AKGÜNER, Tayfun**, Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler, İÜİHD, Cilt: 6, Sayı: 1-3, 1985, s. 14, 15, Anayasa Mahkemesine göre de “*Milli güvenlik terimi askerî mülâhazalarla ve milli müdafaa zaruretleriyle Devletin iç ve dış güvenliğini ifade eder ve kamu yararı ile kamu düzeninden ayrı bir manaya sahiptir.*” **Any.Mah.,1963/16 E., 1963/83 K., 08.04.1963, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr**, (Erişim Tarihi: 03.11.2016).

³⁶² **TANÖR**, s. 145.

³⁶³ **YCGK, 2003/2-294 E., 2003/305 K., 06.10.2003.**

düzenini bozmaya elverişli olma” şartına bağlanması, kamuoyunda hararetli tartışmaların yaşanması, belirli kesimlerin sert açıklamalarda bulunarak tepki göstermeleri, düşüncelerin ifadesi ya da tartışılması suretiyle demokratik sürecin işlemesi yahut bu tartışmalardan kamunun rahatsız olması, öfkelenmesi, hoşlanmaması gibi sonuçların, kamu düzeninin bozulduğu şeklinde yorumlanmasına oldukça açıktır. Konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalara, ileride değinecek olmakla birlikte, burada altını çizmek istediğimiz yegâne husus, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından kamu güvenliğinin, suç teşkil eden fiillerin işlenme olasılığının endişe verecek boyutta ortaya çıkması ve söz konusu halk kesimlerinin, bahsi geçen haklarının ihlal edileceği hususunda korkusuzca yaşayabilecekleri toplumsal ortamın ortadan kalkmasını ifade etmiştir.

c. Açık ve Yakın Tehlike Teorisi

aa. Açık ve Yakın Tehlike Teorisinin Tarihi Gelişimi ve ABD Hukukundaki Uygulaması

Açık ve yakın tehlike kavramı, Anglo-Amerikan menşeli bir kavram olup³⁶⁴, söz konusu teorisinin anlamının, ilk ortaya atıldığı zamandan bu yana değiştiğini ve günümüzde dahi tek bir ölçütün kullanılmadığını söylemek mümkündür. Zira teori temel olarak, “Holmes-Brandeis yaklaşımı”, “Deniss dengeleme yaklaşımı” ve “modern yaklaşım” (her an ortaya çıkabilecek kanuna aykırı bir fiile tahrik) olmak üzere değişik yorumlanma şekilleriyle karşımıza çıkmaktadır.

Hâkim Holmes tarafından ortaya atılan açık ve yakın tehlike ölçütünün ilk anlamı, somut olayda kullanılan ifadelerin mahiyeti ve bu ifadelerin kullanıldığı koşulların, açık ve yakın tehlike yaratıp yaratmadığının araştırılmasıdır³⁶⁵. Bu nedenle, ifadelerin kullanıldığı

³⁶⁴ İlk kez 1919’da *Schenck v. ABD* davasında hâkim Holmes tarafından dile getirilen “açık ve yakın tehlike” teorisine göre, ifade özgürlüğüyle ilgili her davada bakılması gereken şey, kelimelerin açık ve yakın bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır. Yargıç Holmes, tehlikenin açık ve yakın olması durumunu hınca hınç dolu bir tiyatrodan yalan yere “yangın var!” diye bağırılması örneğiyle açıklamaktadır. Böyle bir ortamda, “yangın var!” sözünün yaratacağı panik ve dolayısıyla tehlike açık ve yakındır. Ancak kelimelerin ifade edildiği koşullar da önemlidir. Aynı tiyatrodan oyun gereği “yangın var!” diyen oyuncunun sözleri doğal olarak “açık ve yakın tehlike” kapsamında değerlendirilmeyecektir. **ARSLAN**, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 27, 28, **DOW, David R., SHIELDS, R. Scott**, Rethinking the Clear and Present Danger Test, Indiana Law Journal, Vol. 73, Iss. 4, 1998, s. 1221,

Açık ve yakın tehlike teorisinin temelinde, düşüncenin ifadesi ile bu ifade nedeniyle ortaya çıkabilecek potansiyel zarar arasında “uzaklık yakınlık ve derece” değerlendirilmesi yapılması yatmaktadır. Bir başka ifadeyle, kullanılan ifadeler ile ortaya çıkma ihtimali olan zarar arasında, somut bir yakınlıktan söz edebilecek kadar büyük ölçüde illiyet bağının olması gerekmektedir. **Öykü, Didem**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 330.

³⁶⁵ **KOMMERS, Donald P.**, The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany, Notre Dame Law School NDLScholarship, Vol. 53, 1980, s. 667, **ANTİNEAU, Chester, James**, Clear and Present Danger-- Its Meaning and Significance, Notre Dame Law Review, Vol. 25, Iss. 4, 1950, s. 616, **SOTTIAUX**, The “Clear and Present

yer ve yayılma genişliği, bu ifadelerin kullanıldığı dönemdeki ulusal ve uluslararası güvenlik durumu, ifadeyi kullanan kişinin topluluk üzerindeki otoritesi, bu topluluğun (örgütün) büyüklüğü yahut ifade edilen tehlikeli düşüncelerin güncelliği söz konusu araştırma yapılırken dikkate alınması gereken hususlardır. Ancak Holmes'un bu yaklaşımının, fail tarafından kullanılan ifadenin ortaya çıkarabileceği neticelerden çok, failin kullandığı ifadelerin içeriği ve niteliğinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ve bu nedenle “*doğrudan tahrik*” içermeyen fiillerin cezalandırmaya elverişli olmadığını savunanlarca eleştirilmiş olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte hâkim Holmes'un, Mahkeme önüne gelen daha sonraki davalarda, açık ve yakın tehlikenin, tehlikenin aciliyetini, kapsamlı bir tartışma yapılması fırsatı oluşmadan her an gerçekleşebilecek nitelikte olmasını ifade ettiğini belirtmek suretiyle, ilk geliştirdiği teoriden ayrıldığını da ifade etmek mümkündür³⁶⁶. Zira ifade özgürlüğüne daha geniş bir alan açmak iddiasıyla geliştirilen ve tehlikenin yakınlığı ve derecesi temeline oturtulan “*açık ve yakın tehlike*” teorisinin, kavramın sübjektif olarak yorumlanmaya açık yapısı ve içeriğinin belirsiz olması gerekçeleriyle düşünceyi ifade özgürlüğünü koruyucu bir işlev yüklenmemiş olduğunu hâkim Holmes de fark etmiştir. Nitekim aşağıda değineceğimiz üzere, birçok davada Amerikan Yüksek Mahkemesi, söz konusu teoriyi genelde, “*zararın ortaya çıkma olasılığı*” şeklinde anlamış ve gelecekte ortaya çıkma olasılığı bulunan zayıf bir zarar tehlikesini, açık ve yakın tehlike olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle katıldığı kararlar da göz önüne alınarak, hâkim Holmes'un geliştirdiği teorinin ilk halinin, “*kötülük eğilimi*” teorisinin bir devamından ibaret olduğunu düşünenler olduğu gibi³⁶⁷ Yüksek

Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht , Vol. 64, Nr. 3, 2003, s. 664, 665.

³⁶⁶ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 664, 665, **WHITE**, s. 437.

³⁶⁷ **DOW/SHIELDES**, s. 1226, **ANTİNEAU**, s. 633,

“*Kötülük eğilimi*” teorisi, ilk kez 1917 tarihli Casusluk Kanunu kapsamında görülen davalarda, yerel mahkemelerin başvurduğu bir teoridir. Teori, failin, işlediği fiilin doğal ve olası sonuçlarına, işlediği şartlar da göz önünde bulundurmak suretiyle, kast ettiği varsayımına dayanmaktadır. Bu nedenle, düşüncenin ifadesi/konuşma, kötü sonuçlar doğurmaya eğilimliyse, düşüncesini ifade eden kişi/konuşmacı, ortaya çıkabilme olasılığı olan bu kötü sonuçlara kast etmiş sayılmakta ve sorumlu tutulmaktadır. **DOW/SHIELDES**, s. 1222, 1223, 1226,

Söz konusu teori artık Amerikan uygulamasında terkedilmiş olmakla birlikte bunun temel sebebi, düşüncenin ifadesinin ortaya çıkarmaya eğilimli olduğu sosyal zararın potansiyel olarak sınırsızlığı ve kanun koyucunun, doğru bulmadığı düşünceleri sınırlamakta kullandığı bir teori olmasıdır. **SOTTIAUX**, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, 57,

Açık ve yakın tehlike teorisinin ilk uygulanma şeklinin, kötülük eğilimi teorisinin bir devamı olduğunun ifade edilmesindeki temel etken, “*zararın yakınlığı*” ve “*kast/niyet*” kavramlarının yorumlanış şekllinden kaynaklanmaktadır. Zira ortaya çıkabilme ihtimali olan zararın yakınlığı ölçütü, çok dar bir şekilde anlaşılmış ve zarara yol açma yolundaki soyut bir eğilim bu kapsamda değerlendirilmiştir. Yine aynı şekilde, failin kastı/niyeti de oldukça dar ve soyut bir biçimde ele alınmış, failin fiilinin olası etkilerinin bilincinde olması kast kapsamında değerlendirilmiştir. Bir başka ifadeyle, failin, fiilini neticeyi

Mahkeme’de göreve başlamadan önce baktığı davalarda geliştirdiği “suça teşebbüs” kurumunun uygulanmasından³⁶⁸, *Goldman v. United States*³⁶⁹ kararında açıklanan

isteyerek işleyeceği sonucuna varılmıştır. **AYDIN**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, s. 330, 335.

³⁶⁸ Bu yazarlara göre, 1. Dünya Savaşı’nın hemen ardından geliştirilen “açık ve yakın tehlike” teorisinin, gerek yargılama ve gerek ise doktrin alanında yeni bir çığır açtığı fikri hatalıdır. Zira gerek federal ve eyalet düzeyindeki içtihat hukuku ve gerek ise doktrinde, düşüncüyü ifade özgürlüğü, “açık ve yakın tehlike” teorisinden çok önce ele alınmıştır. Bu anlamda Holmes’ün teorisinin, yeni bir teori olması hususunda ciddi kuşklar bulunmakta ve bu teori daha önceki teorilerin bir tekrarı olarak görülmektedir.

Bunun bir sebebi, hâkim Holmes’ün, Schenk davasında kullandığı “açık ve yakın tehlike” teorisinin, kendisi Yüksek Mahkeme’ye atanmadan önce, Mahkeme’nin zaten *Goldman v. United States* kararında benzer düşüncelere değindiği görülmüştür. Diğer bir sebep ise, yine Yüksek Mahkeme hâkimliğine yükselmeden önce baktığı *Commonwealth v. Kennedy*, *Commonwealth v. Peaslee ve Swift and Co. v. United States* davalarında kullandığı “suça teşebbüs” teorisini ile “açık ve yakın tehlike” teorisini arasındaki benzerliklerdir.

Zira Holmes’ e göre, ceza hukuku failin kastından öte dış dünyaya yansıyan fiiliyle ilgilenmektedir. Bu nedenle, salt bir suç işleme kastının olması, failin cezalandırılması için yeterli değildir; zira cezalandırılan, failin kötü niyeti değil “fiili”dir. Bununla birlikte kast, failin değil, makul bir insanın ne öngördüğü ile tespit edilebilecek bir husustur. Zira somut olayda failin, kanuna aykırı bir fiil işlediğini bilmediği birçok durumla karşılaşılabilir. Bu tür bir gerekçeyi/mazereti (failin işlediği fiilin suç olarak düzenlendiğini bilmemesi) kabul etmek ise, bireyin adalet hakkının ağır bastığı bir ortamda, kanun koyucunun kişilerin kanunu bilmesi ve buna uygun davranması çabalarını boşa çıkaracaktır. Bu tespitler doğrultusunda, suç işlemeye teşebbüs iki şekilde ortaya çıkabilir. İlkinde, kalabalık bir yerde silahın ateşlenmesi ya da bir evin ateşe verilmesinde olduğu gibi, suç teşkil eden fiil, kendisini takip edecek başka bir fiil olmaksızın bazı doğal ve olası zararlı sonuçlar doğurur. İkincisinde ise, bir silahın doldurulması ya da yanıcı maddenin ateşlenmek üzere hazırlanması gibi, suçun oluşması için failin işlediği fiili takip edecek başka fiillere (silahın/yanıcı maddenin fail ya da başka bir kimse tarafından ateşlenmesi gibi) ihtiyaç vardır. Bu nedenle ikinci kategorideki suçlar, birden çok fiilin birleşmesini gerektirmesine rağmen, ilk fiil işlendikten sonra ikinci ya da üçüncü fiiller işlenmese bile “tehlikenin yakınlığı”, “ortaya çıkabilecek zararın büyüklüğü” ve “toplumda yarattığı endişenin derecesi” bir diğer ifadeyle “kamu düzeni” göz önünde bulundurularak cezalandırılabilen suçlardır. Dolayısıyla, kamu düzeninin gerektirdiği hallerde, zararın ortaya çıkma/suçun işlenme olasılığının yakınlığı, ilk fiilin cezalandırılabilir bir fiil olduğunu kabul etmeyi gerektirir.

Ancak böyle bir yaklaşımın, “kast” bakımından sorunlu olduğu ve Holmes’ün kast yaklaşımının “varsayımsal” bir temele oturduğu ifade edilmiştir. Zira birçok kararında belirttiği gibi Holmes’e göre, ortaya çıkabilecek tehlikenin yakınlığı ve derecesi bakımından failin kastı, kendi fiilini takip edebilecek fiilleri kapsayabilmektedir. Çünkü Holmes’e göre, bu tür hallerde ilk fiilin işlenmesi, suçun gerçekleşmesi için gereken diğer fiillerin işlenme ihtimalini ve suçun oluşması için gereken tüm fiillerin birleşerek zararın ortaya çıkma olasılığını artırmaktadır. Bu anlamda, eğer fail fiili işlerken, gerçekleşmesi şüpheli olan diğer fiillerin işlenebileceğini ve bunun bir zarara sebep olabileceğini öngörüyorsa, zarar olasıdır ve kast vardır. Nitekim Schenk davasında bu bakış açısını görmek mümkündür. Zira Holmes’e göre, eğer düşüncenin ifadesi/konuşma (savaş karşıtı bildirilerin askeri hizmet yapanlara gönderilmesi) kanuna aykırı bir netice yaratma “olasılığı” ya da “eğilimi” (askerliğe kaydedilenlerin askeri hizmeti yapmayı reddetmesi/askerlik hizmetinin engellenmesi) barındırıyorsa, failin, hukuka aykırı bir fiilin işlenmesine (askerlik hizmetini engelleme) kanunen kast etmiş sayılması gerekecektir. Bu nedenle fail, hukuka aykırı fiil tamamlanmasa da (askeri hizmet engellenmemiş olsa da) hatta böyle bir fiile kast etmiş olmasa da hukuken sorumlu olacaktır. Bir başka ifadeyle, böyle bir eğilimin tespit edilmesi halinde, kastın varlığı kanıtlanmış sayılacaktır. **BLOUSTEİN, Edward J.**, Criminal Attempts and the Clear and Present Danger Theory of the First Amendment, Cornell Law Review, Vol. 74, Iss. 6, 1989, s. 1120, 1121, 1122, 1124, 1125, 1128, **WHITE, G. Edward**, Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension, California Law Review, Vol. 80, Iss. 2, 1992, s. 414, 415, 418, **ANTİNEAU**, s. 623, 624, **SCHWARTZ, Bernard**, Holmes Versus Hand: Clear And Present Danger or Advocacy Of Unlawful Action?, The Supreme Court Review, Vol. 1994, s. 216, 217.

³⁶⁹ *Goldman v. United States* davası, Schenk davasının görülmesinden ve “açık ve yakın tehlike” teorisinin açıklanmasından bir sene önce Yüksek Mahkeme tarafından karara bağlanmış bir davadır. Söz konusu davada, davanın sanıkları ünlü sosyalist Emma Goldman ve Alexander Berkman, Amerika Birleşik Devletleri’nin I. Dünya Savaşı’na müdahil olmasını, kamuya açık çeşitli yazı ve konuşmalarında eleştirmeleri ve bu nedenle askerlik hizmetini yapmakla yükümlü olan kimseleri askerlik hizmetini yapmamaya teşvik ettikleri gerekçesiyle 1917 tarihli Askeri Hizmet Kanunu’na aykırı davranmaktan hüküm giymişlerdir. Sanıklar ise, Yüksek Mahkeme’de yaptıkları savunmada, yazdıkları yazı ya da yaptıkları konuşmalar sonucunda, hiç kimsenin askerlik hizmetini yapmayı reddettiğine dair bir kanıtın olmadığını ifade etmişlerdir. Mahkeme ise, hâkim Holmes’ün bir sene sonra benzer şekilde yazacağı üzere, yerleşik içtihatlara göre, hukuka aykırı ve aleni bir şekilde işlenen bir fiilin, başka bir hukuka aykırı fiile sebep olması ve hukuka aykırı ikinci fiilin işlenmesini teşvik etmesini, netice gerçekleşmemiş olsa da (askerlik hizmetinin yerine getirilmesi reddedilmiş olmasa da) doğası gereği cezalandırılması gereken bağımsız bir suç olarak nitelendirmiştir. Bu nedenle burada Mahkeme’nin, sanıkların kendi fiillerinden dolayı askerlik hizmetini engellediklerine dair hiçbir kanıt olmadığı savunmasına, savaş karşıtı konuşmanın, doğal ve olası sonucunun askerlik hizmetini yerine getirmeme olacağı gerekçesiyle itibar etmediğini söylemek mümkündür. **BLOUSTEİN**, s. 1126, 1127.

görüşlerin tekrarından yahut *Masses Publishing Co.* davasında hakim Hand'in savunduğu “kışkırtma/tahrik teorisi”ne yaklaşan bir teoriden³⁷⁰ başka bir şey olmadığını iddia edenler de olmuştur.

Bu nedenle daha sonraki yıllarda, açık ve yakın tehlike teorisinin, “*dengeleme*” ve “*modern tahrik*” yaklaşımlarıyla açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir. Mahkeme'nin, bu yaklaşımların bazılarını terk ederken, bazılarını geliştirerek kullanmaya devam ettiği görülmekle birlikte, Yüksek Mahkeme'nin tüm kararlarına hâkim tek bir teorinin uygulandığını söylemek mümkün değildir³⁷¹.

Nitekim “*açık ve yakın tehlike*” ölçütünün ilk kez kullanıldığı ve Sosyalist Parti'nin genel sekreteri olan Schenck'in 1917 yılında Kongre tarafından kabul edilen Casusluk Kanunu'na aykırı olarak, I. Dünya Savaşı'nda hizmet etmek üzere askere alınmış kişilere, askerliğin Wall Street eliti tarafından despotizmin bir aracı olarak kullanıldığı, askerliği reddetmenin bir anayasal hak olduğu ve bu dokümanın eline ulaştığı herkesin, bu ülkede yaşayan insanların haklarını korumak ve desteklemek için yaymalarını öğütleyen bir bildiri postalaması nedeniyle suçlu bulunduğu *Schenck v. ABD* (1919) davasında, Yüksek Mahkeme, “*açık ve yakın tehlike*” teorisini, ortaya çıkma ihtimali ne kadar uzak olsa da, kullanılan ifadelerin zararlı sonuçlar ortaya çıkarabilecek nitelikte olup olmadığına bakarak değerlendirmiştir.³⁷² Hâkim Oliver Wendell Holmes tarafından açıklanan kararda, söz konusu bildirinin askerliğe karşı yönelen barışçıl nitelikte tedbirlerden bahsediliyorsa da her bir fiilin, önemli bir zarara³⁷³ yol açabilecek nitelikte açık ve yakın tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin, işlendiği koşullar (savaş ortamı) dikkate alınmak suretiyle

³⁷⁰ Söz konusu davada, davacı, “*The Messes (Halk Kitleleri)*” adında ve içeriği karikatür, politik yorumlar, düz yazı ve şiirlerden oluşan aylık bir dergi yayımlamıştır. Ancak derginin içeriği Casusluk Kanunu'nun ilgili maddelerinde yer alan, düşman kuvvetlerine yardım ya da askeri hizmetlerin engellenmesi kastıyla asılsız haber yayılması, askerlik hizmetinin yapılmasının reddedilmesine, askeri sadakatsizliğe, itaatsizliğe ve ayaklanmaya sebep olunması ya da bu tür fiillere teşebbüs edilmesine neden olunması ve askeri hizmetin engellenmesi suçlarına aykırı görüldüğünden, Haberleşme Bakanlığı tarafından yayımlanması durdurulmuştur. Bunun üzerine görülen davada çoğunluk görüşü, eğer bir konuşma/ifade, o fiilin doğal ve makul neticesi olarak, toplumdaki diğer kişileri kanuna aykırı davranmaya cesaretlendiriyorsa, bu konuşma/ifadede, kişilerin kendi menfaatleri için başkaldırmaları gerektiğinin ifade edilmemiş olmasının önemsiz olduğuna değinmiştir. Hâkim Hand ise, fiilin cezalandırılabilmesi için, düşüncenin ifadesi/konuşma nedeniyle ortaya bazı neticelerin çıkmasına inanılmasını sağlayacak makul sebeplerden öte fiilin, dinleyici kitlesi üzerinde tahrik edici bir etkiye sahip olması gerektiğini savunmuştur. Bu nedenle suç teşkil eden fiil, askeri hizmetin eleştirilmesi değil, kişiler üzerinde askeri hizmeti yapmamaları yönünde oluşturulan bilinç ve tahriktir. **DOW/SHIELDES**, s. 1220, 1223. 1224, **ANTINEAU**, s. 624, 625.

³⁷¹ **ARSLAN**, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 27.

³⁷² **DOW/SHIELDES**, s. 1221, 1223, **HEALY, Thomas**, Brandenburg in a Time Of Terror, Notre Dame Law Review, Vol. 84, Iss. 2, 2009, s. 663, **BARNUM, David, G.**, The Clear and Present Danger Test in Anglo-American and European Law, San Diego International Law Journal, Vol. 7, Iss. 2, 2006, s. 271.

³⁷³ Önemli zarar kavramı Mahkeme tarafından, farklı dönemlerde (I. ve II. Dünya Savaşı, Kızıl Ordu/korku dönemleri) değişik şekillerde yorumlanmıştır. Söz konusu kavram bazı davalarda şiddetin ortaya çıkması olarak algılanırken, bazı davalarda savaşı engelleme çabaları, bazı davalarda hükümetin güç kullanılarak yıkılması girişimleri ve bazı davalarda ise, kamu barışının bozulması şeklinde değerlendirilmiştir. **ANTINEAU**, s. 607, 608.

değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁷⁴. Eğer düşüncenin ifadesi/konuşma (savaş karşıtı bildirilerin askeri hizmet yapanlara gönderilmesi) kanuna aykırı bir netice yaratma “olasılığı” ya da “eğilimi” (askerliğe kaydedilenlerin askeri hizmeti yapmayı reddetmesi) barındırıyor ve failin niyeti de bu yöndeysse, hukuka aykırı bir fiilin işlenmesine (askerlik hizmetini engelleme) kanunen kast etmiş sayılması gerekecektir. Bu nedenle fail, hukuka aykırı fiil tamamlanmasa da (askeri hizmet engellenmemiş olsa da) hatta böyle bir fiile kast etmiş olmasa da hukuken sorumlu olacaktır. Bir başka ifadeyle, böyle bir eğilimin tespit edilmesi halinde, kastın varlığı kanıtlanmış sayılacaktır³⁷⁵. Zira Mahkeme’ye göre, sanığın kastı/niyeti bu yönde olmasa bu nitelikteki bildirileri de dağıtması söz konusu olmayacaktır³⁷⁶. Yüksek Mahkeme’nin bu görüşünü, diğer bazı davalarda da tekrarladığını ifade etmek mümkündür. Zira, Mahkeme, ünlü sosyalist Eugene Debs’in, kendisi de cezaevinde bulunan ve askerlik hizmetini yapmayı reddeden diğer mahkumlara yardım eden bir mahkuma duyduğu sempatiyi açıklaması ve Birleşik Devletler’in savaşta yer almasını eleştiren bir konuşması nedeniyle *Debs* (1919) ve Almanca yayımlanan bir gazetede savaş karşıtı propaganda yapılması nedeniyle de *Frohwerk* (1919) davalarında da aynı yönde görüş bildirmek suretiyle hüküm vermiştir³⁷⁷. *Frohwerk* kararında Mahkeme, “Gazetenin ordunun içinde yayılmasının, küçücük bir kıvılcımı büyük bir yangına dönüştürmeyeceğini ve bu gazeteyi yayımlayanların gerçekleştirebilecek neticeyi öngörmediğini söylemek mümkün değildir” ifadelerine yer verirken, *Debs* kararında, “Düşünceyi ifade özgürlüğünün bir amacı da savaş döneminde dahi muhalefet yapmak olmakla birlikte, söz konusu muhalif düşünceler o kadar çok ifade edilmiştir ki, fiilin doğal ve kastedilen neticesinin askerlik hizmetinin engellenmesi olduğu söylenebilir.” ifadelerine yer vermiştir³⁷⁸.

³⁷⁴ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 659.

³⁷⁵ Holmes’ün bu değerlendirmelerinin, bir fiilin (askerlik hizmetine konuşma ya da yazı yoluyla muhalefet edilmesi) o fiilin eğilimiyle (askerlik hizmetinin engellenmesi) nasıl aynı anlama geldiği hatta her ikisinin de nasıl failin kastına dâhil olabileceği hususları bakımından eleştirilmiş olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu görüşe göre, Holmes’ün yaklaşımındaki çelişki, “askerlik hizmetini engelleyen kişi” ibaresinin, aynı anda hem fiili, hem o fiilin eğilimini hem de gerek fiile gerek ise fiilin eğilimine kastı tanımladığı yorumundan kaynaklanmaktadır. Böylece sanıklar, yasal bir varsayım olarak, fiillerinin “doğal ve olası” sonuçlarına, kast etmiş ya da etmemiş olsunlar, kastları varsayılmaktadırlar. **BLOUSTEİN**, s. 1128, 1136.

³⁷⁶ **STRASSER**, s. 43.

³⁷⁷ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 659, **DOW/SHIELDS**, s. 1222.

³⁷⁸ **BLOUSTEİN**, s. 1138, 1139, **DOW/SHIELDS**, s. 1222, **WHITE**, s. 416, 418, **STRASSER**, s. 46, 47, **SOTTIAUX**, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, 40, 41, **BARNUM**, s. 274.

Her üç dava bakımından da açık olan husus, verilen hükümlerin, düşüncenin ifade edildiği dönemde ortada olan koşulların ve bu koşullar altında ifade edilen düşüncelerin belirli bir zarara yol açabileceğinin bilinmesi gerektiği temeline oturtulduğudur. Ancak söz konusu “*bilme*”nin, gerçekten bilme mi yoksa ifadenin kullanıldığı koşullar bakımından bir aldırma mı veya bu koşulları öğrenme bakımından bir taksir olarak mı değerlendirildiğine açıklık getirilmemiş olduğunu ve “*açık ve yakın tehlike*” teorisinin, “*açık ve muhtemel tehlike*” şeklinde yorumlandığını ifade etmek mümkündür³⁷⁹. Zira söz konusu davalarda, iddia makamının, yayımlanan yazıları ya da ifade edilen düşünceleri herhangi bir kimsenin okumuş, duymuş ve bu nedenle de savaşı engellemek için herhangi bir eylem gerçekleştirdiğine dair bir kanıt göstermesi zorunluluğu söz konusu olmamış, “*olması gereken kast*”ın gösterilmesi yeterli bulunmuştur³⁸⁰.

Söz konusu yaklaşımın, *Abrams* (1919) kararında, muhalefet şerhlerinde de olsa değiştiğini söylemek mümkündür. Söz konusu davada, ABD Almanya ile savaş halindeyken, bir grup Rus göçmen, dönemin başkanı Woodrow Wilson’un Bolşevik hükümetin devrilmesini desteklemek üzere Rusya’ya asker gönderilmesini eleştiren ve New York’taki fabrikalarda çalışan işçilerin, Rus yoldaşlarına karşı kullanılmak üzere silah üretimine katkı sağlamayı bırakmalarını ve genel greve gitmelerini öğütleyen bildiri dağıtmaktan, bir başka ifadeyle Amerikan savaş politikasına karşı direnç oluşturmaya yönelik teşvik edici, provoke edici ve cesaretlendirici nitelikte yazılar yayımlamaktan hüküm giymişlerdir³⁸¹. Çoğunluk görüşü, kullanılan ifadelerin “*kışkırtıcı/tahrik edici*” ve “*şiddetli*” bir tonla ifade edilmesine dikkat çekmek suretiyle³⁸², bu ifadenin, ortaya çıkartabileceği tehlike ne kadar uzak/zayıf olsa da başlı başına bir tehlikeye neden olabilecek elverişlilikte olması anlamına gelen “*kötülük eğilimi*” teorisine başvurmuştur³⁸³. Dahası Mahkeme’ye göre, bir kimse, kendi davranışlarının doğurabileceği neticelere kast etmiş sayılmalı ve dolayısıyla söz konusu fiili nedeniyele sorumlu olmalıdır. Bu nedenle,

³⁷⁹ **AYDIN, Öykü, Didem**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, s. 335, 336, **STRASSER**, s. 45, 46.

³⁸⁰ **VITIELLO, Michael**, The Nuremberg Files: Testing The Outer Limits of the First Amendment, Ohio State Law Journal, Vol. 61, No. 3, 2000, s. 15, **TORKE, James W.**, Some Notes on the Proper Uses of the Clear and Present Danger Test, Brigham Young University Law Review, 1978:1, s. 27.

³⁸¹ **WHITE**, s. 433, **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 659, 660.

³⁸² Mahkeme’nin söz konusu kararda “*kışkırtıcı/tahrik edici*” ifadesine yer vermesinin sebebi, 1917 tarihli Casusluk Kanunu’nun 1918 tarihli Yasa ile değiştirilmesidir. Bu düzenlemeye göre, Amerika Birleşik Devletleri savaş halindeyken, herhangi bir üretimin durdurulmasını, savaşın sürdürülmesini zorlaştırmak için kasten teşvik eden, tahrik eden ya da savunan kişiler cezalandırılacaktır. **WHITE**, s. 433.

³⁸³ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 660.

genel grev çağrısı, Almanya ile yapılan savaş planının başarısızlığa uğramasına sebebiyet verebileceğinden, sanıkların asıl kastı bu olmasa da, fiillerinin ortaya çıkarabileceği neticeye kast etmiş sayılmaları ve sorumlu tutulmaları gerekmektedir³⁸⁴.

Yargılama, mahkûmiyetle sonuçlanmakla birlikte bu karardaki farklılık, “açık ve yakın tehlike” teorisinin, hâkim Holmes tarafından *Schenck* davasından farklı bir şekilde yorumlamasından kaynaklanmıştır.³⁸⁵

Söz konusu kararda Holmes “açık ve yakın tehlike” teorisi ile işlenen suçta kastın belirlenmesinde kullandığı ölçüt bakımından *Schenck* davasından farklı görüşler ileri sürmüştür. Bir kere ilk olarak, “açık ve yakın tehlike” ibaresi yerine “açık ve acil tehlike” ibaresini ikame etmiştir. İkinci olarak ise, *Schenck* davasında kullandığı “varsayımsal kastı” farklı bir temele oturtmaya çalışmıştır³⁸⁶.

³⁸⁴ BLOUSTEİN, s. 1140.

³⁸⁵ Holmes karşı görüşünde, “broşürde yer alan mühimmat fabrikalarındaki işçilere yoldaşlarını öldürmek için mermi ürettikleri şeklinde yapılan tavsiye ve genel grev çağrısı ve savaşın sürdürülebilmesi için gerekli malzemenin üretiminin engellenmesi çağrısının 16 Mayıs 1918 tarihli kanuna dayandırıldığı çok açıktır (Comp. St. 10212c). Bunu suçla bağlamak için amacın ‘Birleşik Devletleri savaşta engellemek ve baltalamak’ olması gerekmektedir ki bana göre bu broşürlerde böyle bir amacın varlığı kanıtlanamaz. Bildik hukukî tartışmalarda kullanıldığı muğlak biçimiyle ‘niyet/kast’ kelimesinin, fiilin gerçekleştiği sırada, bu eylemle amaçlanan sonuçların ortaya çıkacağını bilme anlamına geldiğinin elbette farkındayım. Hatta, bundan da azı hukuk ve ceza sorumluluğu genel ilkesini karşılar. Bir adam, eğer eylemi yaptığı zamanki gerçeklerden yola çıkarak genel tecrübenin, eylemin birtakım sonuçları da peşinden getireceğini biliyorsa –ki kişisel olarak bu sonuçları öngörebilir veya göremeyebilir- tazminat ödemek zorunda kalabilir, hapsedilebilir, asılabilir. Fakat kelimeler tam olarak kullanıldığı zaman, sonuç eylemin amacı olmadığı sürece, bir eylem amacın doğurabileceği bir sonuçla yorumlanmaz. Takiben sonucun geleceği açık olarak bilinebilir ve hatta yapana, yani faile açık olabilir ve pişman da olsa sorumlu tutulur. Eğer özel bir eylemin yakın dürtüsü o sonucu üretmek değilse -ki bunun arkasında daha derin bir motivasyon olabilir- kişi, eylemi o sonucu almak kastıyla yapmış sayılmaz... Birleşik Devletler, anayasal olarak engellemeye çalıştığı bazı kesin somut, kötü, açık ve yakın tehlikeleri amaçlayan ya da bunlara sebep olabilecek konuşmaları yasal olarak cezalandırabilir. Şüphesiz yok ki, savaş zamanındaki güç, barış zamanından daha büyüktür, çünkü savaş diğer zamanlarda olmayan tehlikeleri ortaya çıkarmaktadır. Fakat ifade özgürlüğü prensibi, gerek savaşa mahsus tehlikeler ve gerekse diğer tehlikeler zamanında her zaman aynıdır. Kişisel haklarla alâkalı olmamak şartıyla, sadece acil bir kötülüğün yakın tehlikesi mevcudiyeti veya buna niyet Kongre’nin düşünce özgürlüğüne sınır koymasını haklı kalabilir. Tabii ki Kongre, ülkenin beynini değiştirmek için her türlü çalışmayı yasaklayamaz. Şimdi hiç kimse bilinmeyen bir adam tarafından yayımlanan aptal bir broşürün hükümetin askerî başarısını engellemek için yakın bir tehlike oluşturabileceğini düşünemez. Bu düşünceleri engellemek amacıyla yayımlamak daha büyük bir tehlikeyi gösterebilir ve her hâlükârda sadece girişim olarak kalacaktır.” ifadelerine yer vermiştir. ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 11, 12, Belirtmek gerekir ki Holmes bu davada açık ve yakın tehlike teorisini, düşüncelerin ifadesinin, zaman içinde bu düşüncelerin sınanmasını sağlayarak gerçeğe ulaşılması ve böylece, bu rekabet ortamında bazı düşüncelerin kazanarak bazılarının kaybetmesi anlamına gelen “fikirlerin pazar yeri” ile de gerekçelendirmeye çalışmıştır. Zira Holmes’e göre, nihai gerçeğe ulaşmak, deneysel bir süreci gerektirir ve bu düşünceler, ülkeyi doğrudan tehdit eden acil bir tehlikeye neden olmadıkça, bu süreçten mahrum edilemez. WHITE, s. 433, 440, BLOUSTEİN, s. 1142.

³⁸⁶ DOW/SHIELDS, s. 1127, 1128, BLOUSTEİN, s. 1143, 1144, WHITE, s. 436, 437, FISCH, s. 472, TORKE, s. 27, 28, SCHWARTZ, s. 224, 225,

Ancak belirtmek gerekir ki, Holmes’ün Abrams kararında ortaya çıkan fikir değişikliğinin, ne “acil tehlike” ne de “kast teorisi”ni değiştirmiş olmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre söz konusu karardaki değişiklik, Holmes’ün, düşünceleri ifade özgürlüğünün demokratik bir ortamda önemli bir rol oynadığı yönündeki fikir değişikliğinden kaynaklanmaktadır. Zira Holmes, *Schenck* davasında savunduğu ölçütleri gizliden gizliye de olsa hem kast hem de açık ve yakın tehlike teorisi bakımından tekrarlamaktadır. Nitekim açık ve yakın tehlike ibaresi, açık ve acil tehlike ibaresi ile değiştirilmiş olmakla birlikte, bu sefer düşüncenin ifadesinin açık ve acil bir tehlike yaratması ya da *yaratmaya eğilimli olması* aranmaktadır. Böylece, fiilin “doğal ve olası sonuçları” anlamında kullanılan “açık ve yakın tehlike” teorisi bu sefer, “fiilin doğal ve olası sonuçlarını yaratmaya eğilimli” olması anlamında kullanılarak, “açık ve yakın tehlike” ile “açık ve acil tehlike” ibarelerinin kavramsal yapısı aynı temele oturtulmaktadır.

Benjamin Gitlow (1925) ve *Whitney v. California* (1927) davalarında Yüksek Mahkeme, “açık ve yakın tehlike” kavramını yorumlarken bu sefer “*tahrik/kışkırtma eğilimi*” ölçütüne yer vermiştir. 1925 yılında, Benjamin Gitlow’un proletaryanın devrimci diktatörlüğünü, kitle eylemiyle gerçekleştirme çağrısı yaptığı, son zamanlarda Winnipeg ve Seattle’da yapılan grevlerin, parlamenter sistemin sonu ve devrimin başlangıcı olduğu ve Komünist Enternasyonal’in dünyanın bütün işçilerini mücadeleye çağırdığı ifadelerine yer veren bir manifestoyu yayımlaması nedeniyle mahkûm olduğu davada Mahkeme, söz konusu ifadelerin “*soyut bir doktrin/teori*” değil, toplum düzenini yok edebilecek nitelikte “*doğrudan tahrik*” olduğu üzerinde durmuştur. Bu nedenle çoğunluk görüşüne göre, söz konusu ifadeler, devletin güvenliği ve kamu barışı bakımından önemli bir zarara yol açabilecek, açık ve yakın bir tehlike yaratacak niteliktedir³⁸⁷. Zira yasama organı, bir düşüncenin ifadesini, örneğin devleti yıkıp işçi diktatoryası kurma düşüncesinin ifadesini yasaklamışsa, zaten bu düşüncenin ifadesinin yeteri kadar önemli bir zarara yol açacağını kabul etmiş olmaktadır. Bu nedenle artık Mahkeme’nin, söz konusu ifadelerin zararlı bir neticeye sebep olup olmama olasılığını saptama zorunluluğu yoktur³⁸⁸. Karara yine katılmayan hâkim Holmes, muhalefet şerhinde “*Bu Manifesto’nun, bir teorinin ötesinde olduğu, bir tahrik olduğu söyleniyor. Her fikir bir tahriktir. O kendini bir inanç olarak sunmaktadır ve başka inançlar önüne geçmediği veya daha doğarken başarısızlığından dolayı boğulmamışsa eğer, bu inanç eyleme geçirilir. Dar anlamda tahrik ile bir görüşün ifade edilmesi arasındaki yegâne fark, konuşmacının sonucun alınması ile ilgili istek ve arzudur. Belâgat sebebi ateşleyebilir. Fakat önümüze ne kadar aşırı bir söyleşi konulursa konsun onun bir mevcut yangına sebep olma şansı yoktur. Eğer uzun vadede proleterya diktatörlüğüne olan inanç toplumun hâkim güçleri tarafından kabul edilecek olursa, bu durumda özgür ifadenin gereği olarak onlara bu şans tanınmalı ve yollarına devam etmelerine izin verilmelidir. Bu dokümanın yayını, ileri sürüldüğü gibi hükümete karşı bir başkaldırıya gelecekte belirsiz bir zamanda değil de hemen sebep olmuş olsaydı,*

Kast bakımından ise, Schenck ve Abrams davalarındaki tek farklılık, Abrams kararında, suçun oluşabilmesi için, düşüncesini ifade eden/konuşma eylemini gerçekleştiren kişinin fiilinin sonucu olarak diğer fiillerin işlenmesi gerektiğinin ifade edilmiş olmasıdır. Bu bakımdan Abrams kararında Holmes’ün ifade ettiği tek şey, mahkûmiyet hükmünün kurulması için, kastın ispatlanması gerektiğidir. Bu anlamda Schenck davasında mahkûmiyet hükmü, kastın olduğu varsayımına dayanmaktayken, Abrams davasında kastın olduğunun kanıtlanmasına dayanmaktadır. **BLOUSTEİN**, s. 1143, 1144.

³⁸⁷ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 660, **ANTINEAU**, s. 626, **DOW/SHIELDS**, s. 1128, **STRASSER**, s. 53, **TORKE**, s. 28.

³⁸⁸ **AYDIN**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, s. 109, **BARNUM**, s. 275.

o zaman sorun farklı olurdu. Konu o zaman yasanın ilgilendiği bir şey olurdu, yayının sebep olabileceği bir tehlike olup olmadığı veya başka bir ifade ile boş ve muhtemel sonuçlardan çok uzak olmadığı konusunda şüpheye konu olurdu. Fakat iddia, yayınları ileri sürüyor, başka bir şeyi değil.” ifadelerine yer vermek suretiyle, “açık ve yakın tehlike” ölçütünün, “doğrudan tahrik” ile açıklanamayacağı üzerinde durmuştur³⁸⁹.

Diğer bir dava, mahkûmun, amacı Amerika’da, birleşmiş devrimci işçi sınıfı hareketi yaratmak ve kapitalist sistemi yok etmek olan California Komünist İşçi Partisi’nin faaliyetlerine katılması ve bu faaliyetleri desteklemesi nedeniyle hakkında cezaya hükmedildiği *Whitney* davasıdır. Bu davada Mahkeme, birleşmiş ve ortaklaşa işlenen eylemlerin, kişisel olarak işlenen fiillerden çok daha fazla tehlike yaratacağı ve yasanın komplo/suikast eylemlerine benzeyen fiilleri bu nedenle yasakladığını ifade etmek suretiyle mahkûmiyeti haklı bulmuştur. Hâkim Brandeis ise muhalefet şerhinde bu hükmü ve gerekçesini eleştirmiştir³⁹⁰.

Şu halde *Abrams* kararından itibaren zaman içerisinde, “yakın” tehlike yerine zararın oluşma olasılığı ve zamanı bakımından mutlak bir gerekliliği zorunlu kılan, “acil” tehlike kavramına yönelen bu bakış açısına göre, “açık ve yakın tehlike”nin söz konusu olabilmesi

³⁸⁹ **ARSLAN**, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 24, **ANTINEAU**, s. 626, **SCHWARTZ**, s. 239. Hâkim Brandeis de muhalefet şerhinde, “İfade özgürlüğünün baskı altında tutulmasını haklı çıkarmak için, ifade özgürlüğü uygulandığı zaman bunun ciddi bir kötülük ile sonuçlanacağından korkmanın mantıklı bir sebebi olmalıdır.” düşüncelerine yer vermiştir. Brandeis’e göre, devletin mülkiyet ihlalinin yasaklayıcı düzenlemeler yapması karşısında, yayaların sadece, etrafı çevrilmemiş, işaret konulmamış, boş arazilerde dolaşmaya ahlâken hakları bulunduğu iddia edilmesi ve yayaların bunu yapmasının savunulması örneğinde olduğu gibi, başkasının mülkünün ihlali bakımından yakın tehlike oluşturan ifadelerin kullanılması, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının gerekçesini oluşturamaz. Zira Brandeis’e göre, ciddi kötülükten anlaşılması gereken, oldukça önemsi suçların işlenmesi olasılığı değildir. **HEALY**, s. 719.

³⁹⁰ Brandeis’e göre, “Ciddi bir kötülük korkusu tek başına ifade ve toplanma özgürlüklerinin baskı altında tutulmasını haklı kılmaz. İnsanlık cadılardan korktu ve kadınları yaktı. İnsanlığı irrasyonel korkuların kölesi olmaktan kurtarmak ifadenin bir fonksiyonudur. İfade özgürlüğünün baskı altında tutulmasını haklı çıkarmak için, ifade özgürlüğü uygulandığı zaman bunun ciddi bir kötülük ile sonuçlanacağından korkmanın mantıklı bir sebebi olmalıdır. Endişe duyulan tehlikenin yakın olduğuna inanmak için mantıklı bir sebep olmalıdır. Önlenecik olan kötülüğün ciddi bir kötülük olduğuna inanmak için haklı bir sebep olmalıdır. Mevcut kanuna yönelik her bir alenî eleştiri, bir ölçüde bu kanunun ihlâl edilmesi ihtimalini artırma eğilimindedir. Bir ihlâl müsamaha gösterilmesi, ihlâl ihtimalini artırır. Kanunu ihlâl etmenin savunulması, ihlâl ihtimalini daha da artırır. Fakat ihlâlin savunulması bile, ahlâken kınanabilecek bir durum olmasına rağmen, bu savunma kışkırtma derecesine ulaşmamışsa ve savunulan şeyin hemen yerine getirileceğini gösteren hiçbir işaret yoksa, ifade özgürlüğünden mahrum etme için haklı bir gerekçe olamaz. Savunma ile kışkırtma, hazırlık ile teşebbüs, bir araya gelme ile plân yapma arasındaki geniş fark akıldaki tutulmalıdır. Açık ve mevcut tehlikenin var olduğu hükmünü desteklemek için, ya dolaysız ciddi bir şiddetin beklendiği veya savunulduğu ya da geçmiş tecrübelerin böyle bir suç savunmasının o zaman düşünüldüğüne inanılmasına yol açacak bir sebep sağladığı ispatlanmalıdır... Yanlışlık ve sefaletlikleri tartışma yoluyla ortaya çıkarma ve kötülüğü eğitim süreci ile önlemek için yeterli zaman varsa, uygulanacak çare, kamu gücünü kullanarak sükûneti sağlamak değil, daha fazla konuşmaktır. Sadece acil bir durumun varlığı, baskı altında tutmayı haklılaştırır. Şayet otorite ile özgürlük bağdaştırılacaksa, kural bu olmalıdır... İfade ve toplantı özgürlüklerinin yasağa tâbi olması o kadar sert bir önlemdir ki, toplum için nispeten önemsiz bir zararı önlemek için uygun bir araç değildir... İfade özgürlüğünün bir miktar şiddet ya da mal varlığının zarara uğraması ile sonuçlanması ihtimalinin varlığı, bu hakkın baskı altında tutulmasını haklı kılmak için yeterli bir sebep değildir. Devlete ciddi bir zarar verilmesi ihtimalinin bulunması gerekir. Özgür insanlar için, suçu önlemek amacıyla uygulanacak geleneksel caydırıcı unsurlar eğitimidir ve kanun ihlallerini cezalandırmadır; ifade ve toplanma özgürlüğü haklarının kısıtlanması değil.” **ARSLAN**, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 36, 37, **DOW/SHIELDS**, s. 1129, **TORKE**, s. 25, 26.

için, gerçekleşmesinden endişe edilen tehlikenin, her an ortaya çıkabileceğine inanılmasını sağlayacak makul gerekçelerin olması gerektiği yanında, önlenmek istenen zararın ciddi nitelikte olduğuna inanılmasını sağlayacak makul gerekçelerin de var olması gerekir³⁹¹.

“*Açık ve yakın tehlike*” ölçütünün değerlendirildiği diğer bir önemli dava, başvuruçuların, Amerika Birleşik Devletleri Komünist Partisi olarak, kişilere ABD Hükümetini zor ve şiddet yoluyla devirmeyi ya da ortadan kaldırmayı öğrettikleri ya da bu tür fiilleri destekledikleri iddiasıyla 1940 tarihli Smith Kanunu’nu ihlal etmelerinden dolayı³⁹² haklarında mahkûmiyet kararı verilen *Dennis* (1951) davasıdır. Zira bu davada, hakim Holmes ve Brandeis’in görüşleri geliştirilmek suretiyle³⁹³, “*dengeleme ölçütü*” benimsenmiştir. Bu ölçüte göre, yıkıcı nitelikte ifadeler, “*açık ve yakın tehlike*” kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte ifadeler olmakla birlikte, “*açık ve yakın tehlike*”nin, her davanın kendi koşulları içerisinde bağımsız bir biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, her bir davada mahkemelerin sorgulaması gereken husus, gerçekleşme olasılığı da göz önünde bulundurulmak suretiyle ortaya çıkıp çıkmayacağı değerlendirilecek olan zararın ciddiliğinin, tehlikenin önlenmesi gerekçesiyle ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamayı haklı kılıp kılmadığıdır. Şu halde, *Dennis* davasında “*açık ve yakın tehlike*”nin tespiti, zararın ciddiliği/ağırlığı ve bu zararın ortaya çıkıp çıkmama olasılığının değerlendirilmesi üzerine kurulmuştur³⁹⁴. Bir başka ifadeyle, mahkemenin somut olaydaki görevi, örneğin, devletin siyasal ayaklanmaları, grevleri ve ticaretin zarar görmesini önleme amacıyla belli sayıdaki kişilerin kısmen zarar gören ifade özgürlüğü arasında olduğu gibi, çatışan iki menfaat arasında, olayın kendine özgü koşulları

³⁹¹ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 661, **ANTINEAU**, s. 609.

³⁹² Söz konusu Kanun, ABD Hükümeti’ni şiddet yoluyla devirmeyi ve hükümetin şiddet yoluyla devrilmesini destekleyen yazılar yayımlamayı veya hükümetin şiddet yoluyla devrilmesini destekleyen, gösteren ya da cesaretlendiren bir örgüt kurulmasını, hukuka aykırı bir fiil olarak düzenlemiştir. **VITIELLO**, s. 12, **SCHWARTZ**, s. 231, 232, **BELKNAP**, **Michal R.**, Why *Dennis v. United States* is a Landmark Case, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 34, Iss. 3, 2009, s. 290.

³⁹³ Bu teorinin, Holmes-Brandeis yaklaşımından uzaklaşıp, “*kötülük eğilimi*” teorisine yaklaştığını savunanlar da olmuştur. **KOMMERS**, s. 668. Zira Mahkeme’ye göre, çok sayıda olayda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının gerekliliği önemsiz bir devlet menfaatinin korunmasına dayandırılmış olmakla birlikte “*hükümetin şiddet yoluyla devrilmesinin önlenmesinin, şüphesiz ifadenin sınırlanmasını meşru kılacak yeterli derecede önemli menfaati bulunmaktadır. Bu tehlike ile savaşmada devlet, pek yakında bir darbenin yapılmasının kesin olmasını ve buna yönelik planların tamamlanmasını beklemek zorunda değildir. Eğer, hükümet kendisini devirmeyi amaçlayan bir grubun kendi üyelerini ideolojik olarak eğitmeye ve liderleri artık koşulların tamam olduğunu düşündüklerinde isyana hazır olma yoluna sevk etmeye teşebbüs ettiğini açık olarak görürse, devletin buna reaksiyon göstermesi zorunludur.*” **AYDIN**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, s. 343.

³⁹⁴ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 662, **DOW/SHIELDES**, s. 1225, **FISCH**, s. 473, 474, **SCHWARTZ**, s. 234, **BELKNAP**, s. 292.

içerisinde hangisinin daha fazla koruma görme hakkının olduğunu belirlemektir³⁹⁵. Böylece, Dennis davasında gerçekleşmesinden korkulan zararın (paranoyanın) büyüklüğü göz önüne alınmak ve somut olayda bu zararın gerçekleşmesi bakımından bir yakınlık-uzaklık değerlendirilmesi yapılmaksızın düşüncenin ifadesinin sınırlandırılabilceği ifade edilmek suretiyle “açık ve yakın tehlike teorisi”nin daha da zayıflatıldığını ifade etmek mümkündür³⁹⁶.

“Açık ve yakın tehlike teorisi”nin yukarıda özetlediğimiz tarihsel gelişmesinde ulaştığı son nokta olan “modern tahrik teorisi” ise³⁹⁷, *Brandenburg v. Ohio* (1969) davasında ortaya çıkmıştır. Söz konusu davada, Ku Klux Klan lideri, haç yakma eylemiyle birlikte Klan toplantısında gösterilen bir filmin sahnesinde kullandığı, “Amerika’yı kurtarın”, “Yahudileri İsrail’e gönderin”, “Zencileri gömün” sloganları ve “Biz Klanlar, intikamcı bir topluluk değiliz; fakat Başkanımız, Kongremiz ve Yüksek Mahkememiz beyaz ırk üzerinde baskı yaratmaya devam ettiği sürece, bir intikam alma zorunluluğunun ortaya çıkması muhtemeldir.” ifadelerinden dolayı mahkûm edilmiştir. Söz konusu dava önüne gelen Yüksek Mahkeme ise, açık ve yakın tehlike ölçütüne atıf yapmadan, “Anayasal garanti altına alınmış olan ifade ve basın özgürlüğü, devlete, hukukun ihlali ya da şiddet kullanılması fikirlerinin savunulmasını içeren ifadelerin, bu ifadeler her an gerçekleşebilecek (yakın/acil) kanuna aykırı bir fiilin işlenmesine tahrik oluşturmamakça yahut kanuna aykırı bir fiilin işlenmesi olasılığını yaratmadıkça³⁹⁸, yasaklanması yetkisi vermez.” ifadelerine yer vermek suretiyle mahkûmiyeti iptal etmiş ve Ohio Kanundışı Birlik Kanunu’nu, kanuna aykırı bir eyleme tahrik eden ya da tehdit niteliğini haiz düşünce ifadelerini değil, bu kanuna aykırı eylemi savunan nitelikteki ifadeleri cezalandırdığından, Anayasa’ya aykırı bulmuştur³⁹⁹. Zira Mahkeme’ye göre Brandenburg’un kastı, kişileri

³⁹⁵ BARNUM, s. 277, AYDIN, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, s. 151.

³⁹⁶ HEALY, s. 664, 728.

³⁹⁷ Belirtmek gerekir ki bazı yazarlar Brandenburg davasında geliştirilen modern tahrik teorisini, açık ve yakın tehlike teorisinin reddi olarak değerlendirirken, bir kısım yazar ise bu teorinin, açık ve yakın tehlike teorisinin devamı ve gelişmiş hali olarak değerlendirmektedir. GILLES, Susan M., *Brandenburg v. State of Ohio: An “Accidental”, “Too Easy”, and “Incomplete” Landmark Case*, Capital University Law Review, Vol. 38, 2010, s. 521, SCHWARTZ, s. 237, 238.

³⁹⁸ “Kanuna aykırı bir fiilin işlenmesi olasılığını yaratma” ibaresinin nasıl yorumlanacağı Yüksek Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır. Bazı yazarlar, söz konusu ibarenin, “suçun işleneceği hususunda makul bir şüphenin olması” şeklinde yorumlanamayacağını, zira Mahkeme’nin, suç işlenmesi konusunda küçük bir riskin bulunmasının, kullanılan ifadenin kısıtlanmasının gerekçesini oluşturamayacağını ifade etmektedirler. Bu nedenle, nasıl ki kolluk kuvvetlerinin, bir kimseyi yakalanması için makul bir şüphenin ötesinde, suç işlediği ya da işleyeceğine inanmasını sağlayacak kuvvetli/somut delile ihtiyaç duyuluyorsa, burada da “olasılığın” makul şüphenin ötesinde, somut olgulara dayanan bir değerlendirme kapsamında ele alınması gerekmektedir. HEALY, s. 713, 714.

³⁹⁹ GILLES, s. 519, SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 663, 664, DOW/SHIELDS, s. 1233, TSESİS, s. 1159, SCHWARTZ, s. 236.

şiddete doğrudan tahrik etmek değil, nefrete dayalı fikirlerinin televizyon yayını sayesinde yayılmasıdır. Her ne kadar kullanılan ifadelerde, “*intikam alınması*”ndan söz ediliyorsa da bu intikam ifadesi olasılıktan öteye geçmeyen bir ifadedir ve konuşma yaklaşık altı gün sonra Washington’da yapılacak gösteriyi destekleyici bir konuşmadır⁴⁰⁰. Dolayısıyla söz konusu davada Mahkeme’nin, tahrik kastı olmadan ifade edilen nefret söylemlerinin dava konusu olamayacağına hükmettiğini ifade etmek mümkündür⁴⁰¹.

Bu nedenle söz konusu teori, devletin cezalandırma yetkisini, düşüncesini ifade eden kişinin kullandığı ifadelerin tahrik edici mahiyetinden ziyade, tahrik niteliğindeki ifadeleri kullanan kişinin, ortaya bir zarar çıkması bakımından açıkça bir kastının olduğunun kanıtlanmasına dayandırmaktadır⁴⁰². Söz konusu hususların ise, Brandenburg davasında geliştirilmesinden günümüze kadar, hala açık ve yakın tehlike ölçütünün değerlendirilmesinde kullanıldığını ifade etmek mümkündür. Ancak, söz konusu teori de yapısının esnek olması ve bu nedenle salt bir düşüncenin savunulmasıyla, kanuna aykırı her an gerçekleşebilecek bir fiile tahrik arasındaki sınırı çizememiş olması eleştirilerinden nasibini almıştır⁴⁰³. Eleştirilen diğer bir nokta ise, Brandenburg davasında Yüksek Mahkeme’nin, Kongre’den alınması çağrısı yapılan intikam ve bu ifadenin doğrudan bir tahrik niteliği taşımadığı üzerinde oldukça fazla durması ancak siyahlara yönelik nefret ve tehdit içeren ifadelerin üzerinde durmaması olmuştur. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, *Virginia Black* (2003) davasında⁴⁰⁴, ırkçı şiddet tehditlerinin cezalandırılabilirliğini ifade

⁴⁰⁰ GILLES, s. 519.

⁴⁰¹ TSESİS, s. 1159.

⁴⁰² VITIELLO, s. 13.

⁴⁰³ KOMMERS, s. 668.

⁴⁰⁴ Söz konusu davada Yüksek Mahkeme, iki ayrı haç yakma eylemini değerlendirmiştir. Davalardan biri, Afrikan-Amerikan kökenli James Jubilee’nin bahçesinde haç yakmaya teşebbüs eden Richard Elliott ve Jonathan O’Mara hakkındadır. Mağdur ve sanıklardan Elliott komşudur. Haç yakma eyleminden önce Jubilee, Elliott’ların evinin arkasından gelen silah sesleri hakkında Elliott’ın annesine şikâyetle bulunmuştur. Klu Klu Klan üyesi olmayan Richard Elliott ve Jonathan O’Mara ise, bu şikâyetin öcünü almak için, Jubilee’nin mülkünde haç yakmışlar ve söz konusu olaya mağdur üzerinde oldukça büyük bir korku yaratmışlardır. Diğer dava ise, herhangi bir öç alma niyetiyle gerçekleştirilmeyen, liderliğini Barry Black’in yaptığı bir Klan toplantısında gerçekleşen haç yakma eylemine ilişkindir. Bu davadaki olayların ilk davadan farkı, öç alma niyetiyle yapılmaması yanında söz konusu eylemlerin, açık arazide bulunan özel bir mülkte ve bu mülkün sahibinin izniyle gerçekleştirilmesidir. Yüksek Mahkeme, bu iki farklı olaydan yola çıkarak, eyaletlerin, haç yakmayı yasaklayan yasalar yapmasının Anayasa’nın 1. Ek Maddesi’ne aykırı olmadığını tespit etmiş olmakla birlikte, yasanın hâlihazırdaki düzenlenme şeklinin (*Herhangi bir kişi veya kişilerce diğer kişi veya kişileri korkutma/yıldırma gayesiyle bir başka kişinin mülkünde, otobanda veya kamuya açık alanda haç yakması veya yakılmasına sebep olması kanuna aykırı bir eylemdir. Bu hükmün herhangi bir koşulunu ihlâl eden bir kimse 6. türden ağır bir suçu işlemiş olur. Böylesi haç yakma eylemi, kişi veya kişileri yıldırma niyetinin aksi ispatlanıncaya kadar geçerli bir delili olacaktır.*) Anayasa’ya aykırılık teşkil ettiği üzerinde durmuştur. Zira Mahkeme’ye göre, Virginia Yasası tek başına haç yakma eylemini, başkalarını korkutma ve sindirme amacının aksi ispatlanıncaya kadar kanıtı olarak kabul etmektedir. Oysa Mahkeme’ye göre, haç yakma salt korkutma ya da sindirme amacıyla değil, ideolojik/politik dayanışmanın bir göstergesi olarak da yakılabilir. Aynı şekilde söz konusu düzenleme, öfke yaratmak maksadıyla haç yakmayla, tehdit veya mağduru yıldırma niyetiyle haç yakmak, kamuya açık toplantılarda haç yakmak ile bir komşunun bahçesinde haç yakmak, belli bir kişiye yönelen haç yakma eylemiyle, aynı görüntü sahip kişilerin oluşturduğu bir topluluğa yönelen haç yakmak ve nihayet bir kişinin mülkünde kendi rızasıyla haç

etmek suretiyle, “*gerçek tehdit (true threats)*” teorisini kullanmıştır. Böylece “*Brandenburg*” davasında geliştirilen ölçütler, ifade özgürlüğünün Anayasal sınırlarının belirlenmesinde “*tahrik*” şartını ararken, “*Black*” davasında devletin, bireylere/gruplara yönelik şiddet “*tehdidini*” de yasaklayabileceğinin tespit edilmesiyle, açık ve yakın tehlike ölçütünün kullanılmasını gerektirmeyen bir başka teori, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına diğer bir gerekçe oluşturmuştur⁴⁰⁵.

Yüksek Mahkeme “*gerçek tehdidi*” *Virginia v. Black* davasında, “*bir kişinin, belli bir kişiye ya da gruba yönelik olarak, kanuna aykırı bir şiddet eylemi gerçekleştirme niyetini ciddi bir biçimde ortaya koyan nitelikte beyanları*” olarak tanımlamak suretiyle⁴⁰⁶, öznel nitelikteki (bireye ya da topluluğa yönelen) şiddet tehditlerinin yasaklanabileceğini ancak devlete yönelen bu nitelikteki ifadelerin (şiddet tehdidi) “*gerçek tehdit*” kapsamında

yakılması olayı ile bir başka kişinin mülkünde kendi izni olmaksızın haç yakılması arasındaki farkı da çizmemiş olduğu üzerinde durmuştur. Dolayısıyla, Mahkeme’ye göre, haç yakma amaçları arasında ayrım yapmayan söz konusu yasa, 1. Ek Madde tarafından korunan bazı haç yakma olaylarını da cezalandırabilme potansiyeline sahip olduğundan, Anayasa’ya aykırıdır. Zira her nefret ya da öfke doğuran bu tip bir eylem, haç yakmanın yasaklanması sonucunu doğuramaz. **STRASSER**, s. 67, 68, **O’NEIL**, s. 489. Bu anlamda, Mahkeme’nin, “*gerçek tehdit*” içeren ifadeleri koruma kapsamında görmediğini söylemek mümkün olmakla birlikte, Virginia Yasası’nın yukarıda özetlediğimiz düzenlenme şeklinin Anayasa’ya aykırılığını tespit ettiğini ifade etmemiz gerekmektedir.

⁴⁰⁵ **GILLES**, s. 521, 522.

⁴⁰⁶ **TSESİS**, s. 1162, Yüksek Mahkeme, *Virginia Black* davasında, haç yakmanın evleviyetle bu kastı kanıtladığını ifade etmiştir. **GILLES**, s. 531, **TSESİS**, s. 1163,

Belirtmek gerekir ki, “*tahrik*”, ifadeyi dile getiren kişinin başkalarını şiddet fiilleri işlemeye teşvik etmesiyken, “*gerçek tehdit*”, konuşmacının, bizzat kendisinin kullandığı şiddet içeren ifadelerle, belli bir gruba karşı tehditkâr söylemlerde bulunmasıdır. Bu nedenle *Brandenburg* davasında, zarar oluşturma ihtimali olan, kullanılan kelimelerin kendisi değil, bu kelimelerin, dinleyiciler üzerinde yarattığı etkinin, şiddet ortamının oluşması bakımından muhakkak bir yakınlık yaratıp yaratmadığıdır. *Virginia Black* davasında ise, zarar, gelecekte ortaya çıkması ihtimali olan şiddet olayları değildir. Burada Mahkeme’nin üzerinde durduğu husus, açık ve yakın tehlike değil, kullanılan ifadelerin, tehdidin yöneldiği grup üzerinde yarattığı korkudur. Dolayısıyla Mahkeme’ye göre, “*gerçek tehdit*” teorisi, kişileri, şiddete uğrama korkusu ve bu korkunun sebep olacağı kargaşa ortamından korumaktadır. Bu nedenle, eyaletlerin, kamu barışının korunması için ifade özgürlüğünü kısıtlama yetkisi vardır. **GEY**, s. 1346, **GILLES**, s. 532, **STRASSER**, s. 67, **TSESİS**, **Alexander**, *Inflammatory Speech: Offense Versus Incitement*, *Minnesota Law Review*, Vol. 97, 2013, s. 1147, 1162, 1173,

Ancak, “*gerçek tehdit*” teorine, gerek doktrinde ve gerek ise mahkeme kararlarında şüpheyile bakıldığını ifade etmek mümkündür. Zira, ilk derece mahkemelerinin kararlarında tehdidin gerçekliği, ortalama bir insan üzerinde korku yaratması ölçütüyle değerlendirilmiş, ne failin tehdit kastını ne de tehdide doğrudan muhatap olan kişi ya da topluluk göz önünde bulundurulmuştur. **FISCH**, s. 484. Bu nedenle, *Brandenburg* davasında geliştirilen ölçütlere, “*gerçek tehdit*” teorisinin uygulandığı davalarda da başvurulması gerektiğini ifade eden görüşler vardır. Zira bu görüşe göre, korku ne kadar genel bir kavram olarak kullanılırsa, düşüncenin ifadesinin cezalandırılması ve agresif/sert bir şekilde ifade edilen muhalif görüşlerin sınırlandırılması için o kadar fazla gerekçe üretilmiş olur. Bu nedenle, “*gerçek tehdit*” teorisinin uygulanabilmesi için, ilk olarak, hedef olarak belirlenen bir gruba yönelen tehdit etme ya da böyle bir tehdide yardım etme özel kastı, ikinci olarak ise, tehdit kapsamında gerçekleştirileceği beyan edilen zarar olasılığının (tehlikenin) her an gerçekleşebilecek (acil/yakın) nitelikte olması gerekmektedir. Burada söz konusu olan acil tehlike, tehdit konusu fiilin gerçekleşmesi bakımından bir aciliyeti değil, söz konusu tehdidin gerçekleşebileceği yargısını destekleyecek kadar özelleştirilmiş, şahsileştirilmiş ve yer ve zaman bakımından yakın bir tehdide karşı, tehdit edilen kesimin reaksiyon göstermesi olasılığındaki aciliyeti ifade etmektedir. Üçüncü olarak ise, tehditte bulunan kişinin, tehdit konusu fiili gerçekleştirme kastı da olmalıdır. Böylece, somut olayda kullanılan ifadeler bakımından genel bir tehdit kastı yeterli olmamakta, hedeflenen grubun belirlenmiş olması ve tehdit konusu fiillerin ne şekilde gerçekleştirileceğinin de tarif edilmiş olması gerekmektedir. **GEY**, s. 1349, 1350, Bazı yazarlar ise bu şartları, failin tehdit kastı, mağdurun tehdidin her an gerçekleşebileceğine inanmasını sağlayacak makul sebeplerin olması ve son olarak da yağma suçunda olduğu gibi, tehdidin, mağduru korkutma dışında bazı özel amaçlara da yönelmesi gerekmektedir. **FISCH**, s. 484.

değerlendirilemeyeceğini ifade etmiş olmaktadır⁴⁰⁷. Böylece, Brandenburg davasında, Mahkeme'nin “*gerçek tehdit*” teorisini kullanmamasının sebebini, Klan toplantısının kamuya kapalı bir alanda gerçekleşmesinin, belli bir kesimin korkutulması ya da sindirilmesi sonucunu doğurmak bakımından imkânsız olduğuna ve somut olayda gerek Yahudilere ve gerek ise siyahlara yönelik doğrudan bir tehdidin bulunmamasına bağlayan yazarlar olduğu gibi⁴⁰⁸, sanığın ifadelerinin politik bir temele dayanmasından kaynaklandığını ifade edenler de bulunmaktadır⁴⁰⁹. Zira söz konusu davada, Devlet Başkanı'na, Kongre'ye ve Yüksek Mahkeme'ye yönelik söylemler de bulunmaktadır. Aynı husus, “*gerçek tehdit*” ölçütünün, Brandenburg davasından birkaç ay önce tartışıldığı Watts davası⁴¹⁰ (1969) için de geçerlidir. Zira bu davada da Mahkeme, kullanılan ifadelerin, dinleyiciler tarafından gülerek karşılanan politik ifadeler olması sebebiyle “*gerçek tehdit*” kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır⁴¹¹.

Yüksek Mahkeme'nin, davaya bakmayı reddetmesi nedeniyle önüne gelmeyen, fakat “*gerçek tehdit*” teorisinin değerlendirildiği diğer bir önemli dava, 2002 tarihli ve Nuremberg Dosyaları olarak da bilinen Amerikan Yaşam Aktivistleri Birleşimi (ACLA) davasıdır. Söz konusu olayda, dört doktor ve iki sağlık kliniği, Kliniğe Girişlere Erişim Özgürlüğü (FACE) Yasası'nın kendilerine tanıdığı hakların, Amerikan Yaşam Aktivistleri

⁴⁰⁷ Söz konusu davada Mahkeme, bir kimse ya da bir topluluk üzerinde, vücut bütünlüğü ya da yaşam hakkının zarara uğrayacağı kastıyla tehdit niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilerek, bu kişi ya da topluluğa gözdağı verilmesi ya da sindirilmesinin “*gerçek tehdit*” olarak değerlendirileceği sonucuna varmıştır. **GEY**, s. 1346.

⁴⁰⁸ Bu yazarlara göre, her iki dava bakımından ortak olan husus, haç yakma eylemi olmakla birlikte, Brandenburg davasında haç, üyelerinin de katıldığı özel bir Klan toplantısında yakılmıştır. Black davasında ise, her ne kadar haç özel bir mülkte yakılmış olsa bile, gerek dava sırasında tanıklığına başvuran görgü tanığı ve gerek ise otoyoldan geçenler olayları görmüştür. Bu anlamda, Black davasında korkutma/sindirime eylemi aleniyken, Brandenburg davasında haç yakma eylemi, Klan gurubunun dayanışmasının bir sembolüdür. Bu nedenle Brandenburg davasının politik bir yanı olduğu iddiasıyla “*gerçek tehdit*” teorisine başvurulmadığını iddia eden görüşlerde isabet yoktur. Dolayısıyla, haçın yakıldığı zaman etraftaki kimseleri korkutma kastı varsa, bu kimseler her an gerçekleştirebilecek bir zarar tehdidini hissetmemiş olsalar da fiilin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Zira, Black davası, kamu çıkarlarının, söz konusu düşünceleri ifade etme özgürlüğünden daha üstün nitelikli olduğunun tespit edildiği bir davadır. **TSESİS**, s. 1176, 1177, 1178.

⁴⁰⁹ **GILLES**, s. 531, **TSESİS**, s. 1159, 1160,

Bazı yazarlar ise, Brandenburg davasında olduğu gibi, politik içerikli ifadelerin tartışıldığı Yüksek Mahkeme kararlarının, gerçek tehdit içeren ifadelerin korunmasını sağlamak için kullanılmaması gerektiğini, zira gerçek tehdit niteliğindeki ifadelerin, gerek politik ve gerek ise sosyal içerikli eleştirilerde de dile getirilebileceğini ifade etmektedir. **SEGALL**, s. 194.

⁴¹⁰ Askerlik karşıtı olan Watts hakkında, politik bir toplantıda söylediği, “*Eğer bir gün beni silah taşımak zorunda bırakarlarsa, ilk hedef alacağım kişi, Lyndon B. Johnson olacaktır*” sözlerini Yüksek Mahkeme “*mübalâgalı politik konuşma*” olarak değerlendirmiştir. Böylece, Watts davasında “*gerçek tehdit*” kavramının tanımı yapılmamış olmakla birlikte, kavramın nasıl anlaşılması gerektiği hususunda Mahkeme tarafından bir çerçeve çizilmiştir. Buna göre, edep sınırlarını aşan, küfür ve ağır/sert içerikli politik ifadelerin “*gerçek tehdit*” olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. **GILLES**, s. 531, **GEY**, **Steven G.**, Few Questions about Cross Burning, Intimidation, and Free Speech, Notre Dame Law Review, Vol. 80, Iss. 4, 2005, s. 1326, 1327.

⁴¹¹ **GILLES**, s. 531.

Birleşimi tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle dava açmışlardır⁴¹². Dava konusu olaylar, ACLA'nın, üzerinde masum yaşamları sona erdirdikleri gerekçesiyle, “suçlu”, “aranıyor” ya da “ölümcül düzine” yazan posterleri, 250 doktorun kimliğini de ifşa etmek suretiyle yaymaları, bunun yanı sıra Nuremberg Dosyaları adlı bir web sitesi açarak, kürtaj hizmeti veren doktorların, fotoğrafları, isim, ev ve iş adresleri, aile ve arkadaşları, telefon numaraları, sosyal güvenlik numaraları, doğum yer ve tarihleri, adli sicil kayıtları, parmak izi kartları gibi bilgileri de içeren bir liste yapıp, bu doktorların insanlığa karşı suç işlemekten bir gün yargılanacakları şeklinde gelişmiştir. Ayrıca, söz konusu siteyi takip edenlerden, kürtaj yapanlar, bunları destekleyenler, kürtaj hizmeti sunan klinik sahipleri, güvenlik görevlileri, hâkim ve politikacılar hakkında da bilgi paylaşımları talebinde bulunulmuştur. Web sitesinde bu bilgilerin yanı sıra, kanlı fetüs, ölü bebek ve Nazi soykırımı fotoğrafları da paylaşılmış, adı geçen doktorlar hakkında daha fazla bilgi toplayanların 5000 dolarla ödüllendirileceği ifade edilmiştir. Söz konusu davada Mahkeme, işlenen fiillerin, “gerçek tehdit” olarak değerlendirilebileceği ve bu nedenle Anayasal korumadan yararlanamayacağı üzerinde durmuştur. Dava açısından ilginç olan nokta ise, ACLA'nın, söz konusu ifadelerin, politik ifadeler kapsamında değerlendirilebilecek ifadeler olduğu ve ne her an gerçekleşebilecek nitelikte hukuka aykırı bir tahrik ne de gerçek tehdit nitelikli olduğunu ve bu nedenle düşünciyi ifade özgürlüğü kapsamında korunması gereken ifadeler olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmesi olmuştur⁴¹³. Ayrıca ACLA'ya göre, söz konusu posterler ve web sitesinde yayımlanan şeylerden sonra, kürtaj gerçekleştiren hiçbir doktor bir zarara uğramamıştır. Mahkeme ise bu iddiayı reddetmiş ve gerçek tehdidi, “ortalama bir insanın, söz konusu ifadelere maruz kalan bir kimsenin, fiziksel bir saldırının konusu olacağını öngörebildiği ve failin,

⁴¹² Söz konusu Yasa'ya göre, her kim, üremeye ilişkin sağlık hizmeti vermesinden dolayı, diğer bir kimse tarafından kasten şiddetle tehdit ederse, tehdide maruz kalan kişinin dava açma hakkı bulunmaktadır. **SEGALL, Eric J.**, The Internet As A Game Changer: Reevaluating The True Threats Doctrine, Texas Tech Law Review, Vol. 44, Iss. 1, 2011, s. 185.

⁴¹³ ACLA'nın böyle bir savunma yapmış olması tesadüfi değildir. Zira Yüksek Mahkeme'nin, gerçek tehdit niteliğinde değerlendirilebilecek bazı ifadeleri, bu kapsamda değerlendirmeyip, politik eksenli olmasından yola çıkarak modern tahrik kapsamında değerlendirdiği davalar olmuştur. Nitekim, 1982 tarihli *NAACP v. Claiborne Hardware* davasında Yüksek Mahkeme, dava konusu olayları Brandenburg ölçütleri kapsamında değerlendirmiş ve sanıkların ifadelerinin, Anayasal koruma kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu davaya konu olaylar, Siyah Hakların İlerlemesi Ulusal Deneği'nin (NAACP) ırklar arasındaki eşitsizliğe ve ayrımcılığa dikkat çekmek ve protesto etmek üzere, beyaz işyeri sahiplerinin boykot edilmesi çağrısı yapması ve NAACP lideri Charles Evers'in ise, “beyazlardan alışveriş yapan siyahların kendilerine hesap vereceğini”, “boykotu kıran herhangi bir zenci kölenin, kendi insanları tarafından cezalandırılacağını”, “eğer birisi, bu ırkçı işyerlerinden herhangi birine girerse, boyunlarının kırılacağını” ifade etmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Mississippi Mahkemesi, Evers tarafından kullanılan ifadelerin, Afrika Amerikalılar üzerinde bir şiddete sebep olduğu gerekçesiyle, sorumlu tutulması yönünde hüküm verirken, Yüksek Mahkeme, kullanılan ifadelerin, şiddete tahrik niteliğinde olmadığı ve aşırı hararetlili politik bir hitabetin söz konusu olması nedeniyle, Anayasal koruma altında olduğunu ifade etmiştir. **VITIELLO**, s. 14.

mağduru zarara uğratma kastıyla sarf ettiği ifadeler” olarak tanımlayarak, söz konusu ifadeleri, “*gerçek tehdit*” olarak değerlendirmiştir. Zira Mahkeme’ye göre, adı geçen web sitesinde kimlikleri ifşa edilmiş doktorlarla beraber, 1993 yılında, dava konusu olaylar olmadan önce, kürtaj yapması nedeniyle öldürülmüş ve öldürülmelerinden önce “*aranıyor*” posterleriyle isim, fotoğraf ve diğer kişisel bilgileri yayımlanan doktorlar da ifşa edilmiştir⁴¹⁴.

Schenck ve Brandenburg davalarında kullanılan “*açık ve yakın tehlike teorisi*” arasındaki ilişki bakımından ise, farklı görüşlerin olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira bazı yazarlara göre, Brandenburg davasında kullanılan “*modern tahrik teorisi*”nin, “*açık ve yakın tehlike teorisi*”nin ilk geliştirildiği şeklienden bir farkı yoktur. Diğer bir görüşe göre ise, *Masses Publishing Co.* davasında hakim Hand’in savunduğu “*kışkırtma/tahrik teorisi*” korunarak günümüze kadar gelmiştir. Bazı yazarlar ise, ifade özgürlüğünü daha çok koruması gerekirken komünist, sosyalist ya da diğer bazı radikal grupları sindirmek için kullanılan açık ve yakın tehlike teorisinin saltanatının, Brandenburg davasında geliştirilen kast, olasılık ve yakınlık kavramlarının yeniden yorumlanmasıyla sona erdiğini savunmaktadır⁴¹⁵. Böylece, günümüzde uygulanan Brandenburg ölçütlerinin, cezalandırmanın temelini oluşturması için, teorisinin ilk ortaya atıldığı zamandan farklı olarak, salt anti-kapitalist ya da anti-savaş propagandası yapıldığının ispatlanmasından çok daha fazla hususun ispatlanmasını gerektirdiği ifade edilmektedir⁴¹⁶. Bunun yanında, bugün kullanılan teorisinin, hangi yaklaşımın devamı ya da hangi yaklaşımla benzer özellikler taşıdığının önemi olmadığını, zira düşüncenin ifadesinin hala “*fiil*” olarak kabul

⁴¹⁴ SEGALL, s. 186, VITIELLO, s. 3, 4, 5, 7,

Doktrinde de bazı yazarlarca Mahkeme’nin verdiği karar isabetli bulunmuştur. Zira bu yazarlara göre, ACLA, kürtaj konusundaki görüşlerini birçok yoldan açıklayabilirken, doktorların isim ve adreslerini ifşa etmiş, bu kişilerin insanlığa karşı suç işlediğini ve cezalandırılmaları gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa, kürtajın bir günah olduğu ve yasal olarak da yasaklanması gerektiği yönündeki düşünceleri korumakla birlikte, söz konusu düşüncelerin, başkalarını tehdit etmek ve onları tehlikeye maruz bırakmak suretiyle ifade edilmesini korumamaktadır. SEGALL, s. 194,

Diğer yandan, söz konusu olayların, modern tahrik teorisi kapsamında Brandenburg ölçütlerini karşıladığını ve hukuka aykırı ya da şiddet içeren bir fiili savunulmasının ötesine geçerek, hedef gösterilen kişilere karşı şiddete tahrik şartlarının tamamladığı görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır. Zira bu yazarlara göre, sanıkların, yayımladıkları yazılar, yaptıkları röportajlar ve gerçekleştirdikleri diğer fiillerden, şiddete teşvik etme kastları somut olarak kanıtlanabilir niteliktedir. Sanıkların söz konusu fiillerine rağmen, ortaya bir zarar çıkmamış olması bakımından ise, Anayasa, zararın ortaya çıkmasından sonra gerçekleşecek bir gecikmeli müdahaleyi şart koşmamaktadır. Bununla birlikte bu yazarlar, bu nitelikte bir yorumun politik ifadelerden ziyade, öznel bir başka ifadeyle kişi/kişilere yönelik ifadeler bakımından söz konusu olması gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Zira, politik muhalefet demokratik ülkelerde önemli bir yere sahip olmakla birlikte, şiddete tahrikin konusunun devlet görevlileri olduğu hallerde, bu kimselerin kendilerini korumalarının bakımından bir çok yolu vardır ve bu nitelikte düşünce açıklamalarının, karşı düşünce açıklamalarıyla alt edilmesi mümkündür. VITIELLO, s. 18, 21, 22, 23, 25.

⁴¹⁵ GILLES, s. 530-532.

⁴¹⁶ VITIELLO, s. 15, 16.

edilip, tarihsel bir paranoya içerisinde kökleşen bir teörin kullanılmaya devam edildiğini ifade edenler de vardır. Zira bu görüşe göre, Amerikan Anayasası'nın Ek 1. maddesi, düşünmek, düşündüğünü ifade etmek ve bir fiil işlemek arasındaki farkı ortaya koymakla birlikte, bir kimseye, birini yaralamasını söylemekle o kimseyi yaralamak arasında olduğu gibi, bir şeyi yapmak ile ifade etmek arasında moral olarak keskin bir ayrım bulunmaktadır. “*Açık ve yakın tehlike teorisi*” ise, ilk geliştirildiği halinden son haline kadar, bu ayrımı göz ardı etmektedir. Zira bir kimsenin cezalandırılabilmesinin haklı gerekçesini, o kimsenin bir fiil işlemiş olması, bu fiilin bir zarara sebebiyet vermiş olması ve nihayetinde fiili işleyen kişinin kusurlu olması oluşturmaktadır. Bu nedenle, mutlak olan bir husus vardır ki, o da düşüncenin ifadesinin cezalandırılmayacağıdır. Diğer yandan, kişinin cezalandırılabilmesi için, ortaya çıkan zararlar kusuru arasında da bir nedensellik bağının olması gerekir. Yazar, bu nedensellik bağını şu örnekle açıklamaktadır: On dokuz yaşındaki Ronald Howard, Texas otoyolunda çalıntı bir araçla hızlı bir şekilde arabasını sevk ederken, yüksek sesle dinlediği rap müziğin etkisiyle devriye polisinin siren sesini duymamış ancak polis aracının ışıklarını fark edince, aracı yol kenarına çekmiştir. Polis memuru yanına geldiğinde ise Ronald, yarı otomatik silahını ateşlemiş ve polis memurunu öldürmüştür. Hakkında soruşturma açılan Ronald savunmasında, aracı kullanırken dinlediği ve şiddet içerikli sözler barındıran rap müziğin, kendisi üzerinde bu tür bir fiili işlemesi bakımından bir etki yarattığını bu nedenle cezasının indirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, söz konusu örnekte, Ronald'ın dinlediği rap müzik şarkıcısı bu sözleri yazarken, insanların adam öldürme suçunu işleyebileceklerini düşünmüş olabilir. Hatta şarkıcı, adam öldürmeyi özendirmiş de olabilir. Ancak burada şarkıcının tek yaptığı şey, düşüncesini ifade etmek bir diğer ifadeyle kitleleriyle iletişim kurmaktır. Eğer kasten öldürme suçu ile şarkı arasında böyle bir ilişki kurulursa, nedensellik bağı oldukça genişleyecek ve kasten öldürme suçunun, dinlenen şarkı nedeniyle işlendiği ve böylece şarkı söylemekle adam öldürmek arasında bir farkın olmadığı sonucuna varılacaktır. Diğer yandan, bu örnekteki tek istisna, failin, mağdurun iradesini, suçu işlemesi için ona yarar sağlaması ya da yarar sağlama vaadinde bulunması suretiyle etki altına alması veya mağduru hipnotize etmesi gibi kusurluluğunu etkileyen bir sebebin olması halinde söz konusu olabilir. Zira bunun dışındaki durumlarda, dinleyicinin kendi iradesinin olduğunu ve fiili işlemek ya da işlememek konusunda bir seçim serbestisinin bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle cezalandırılabilir

olan, yazı, şiir ya da şarkı (düşüncenin ifadesi) değil, işlenen fiilin (adam öldürme) kendisidir⁴¹⁷.

Özetleyecek olursak, bazı yazarlara göre açık ve yakın tehlike teorisinin devamı ve gelişmiş hali bazı yazarlara göre ise açık ve yakın tehlike teorisinin reddi olarak değerlendirilen modern tahrik teorisi (Brandenburg teorisi), daha çok doğrudan devlet, devlet politikaları ya da yöneticilerine yönelik fiillerin değerlendirilmesinde kullanılan bir teoridir. Bir başka ifadeyle modern tahrik teorisi, politik nitelikteki düşünce ifadelerinin değerlendirilmesinde kullanılan bir teori olup⁴¹⁸, uygulanması daha sıkı şartlara bağlanmıştır. “Gerçek tehdit” teorisi ise, temelde, etnik, dini, ulusal, ırksal ya da diğer farklılıkları nedeniyle, tehdide/sindirilmeye maruz kalan kişi ya da toplulukları korumak amacıyla kullanılan bir teoridir. Söz konusu teori bakımından, üçüncü kişilerin, etnik, dini, ulusal, ırksal ya da diğer farklılıklara sahip bir kişi ya da topluluğa karşı şiddete tahrik edilmesi gerekmemekte ve bu anlamda somut olayda “açık ve yakın tehlikenin” araştırılması söz konusu olmamaktadır. Zira gerçek tehdidin tartışıldığı davalarda temel alınan husus, kullanılan ifadelerin, şiddet ortamının oluşması bakımından muhakkak bir yakınlık yaratıp yaratmadığı değil, tehdidin yöneldiği grup üzerinde yarattığı korkudur.

Buna göre, modern tahrik teorisinin uygulanması bakımından, konuşmacının, kanuna aykırı bir fiili savunmasının/desteklemesinin ötesinde bu fiile özel tahrik kastının bulunup bulunmadığı, kullanılan ifadelerin, olasılıktan öte, her an gerçekleşebilecek ya da gerçekleşmesi muhakkak olan kanuna aykırı bir fiil doğurabilecek bir içeriğe sahip olup olmadığı (açık ve yakın tehlike unsuru) ve son olarak, kullanılan ifadelerin objektif olarak⁴¹⁹ doğrudan tahriki teşvik etmesi zorunluluğu (*Hess Indiana* davası (1973)⁴²⁰ ile bu kapsama alınmıştır), somut olayda tespit edilmesi gereken hususlardır⁴²¹.

⁴¹⁷ **DOW/SHIELDES**, s. 1217, 1233, 1236, 1241, 1242, 1243, 1244, 1246, **DOW, David R.**, The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test, William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 6, Iss. 3, s. 733, 742, 743, 746-750.

⁴¹⁸ **SEGALL**, s. 191, **GEY**, s. 1325, **VITIELLO**, s. 9, 16.

⁴¹⁹ Failin kullandığı ifadeler, kanuna aykırı eylemi ortaya çıkarmak bakımından elverişsizse, fail bu neticeyi ne kadar istemiş olursa olsun, düşüncenin korunması esastır. **GILLES**, s. 523.

⁴²⁰ Yüksek Mahkeme söz konusu davada, Vietnam Savaşı’nın küfürlü bir dil kullanılarak aleni bir şekilde şiddetle eleştirilmesi ve kamuya “sokakları geri alacağız” çağrısının yapılmasının, failin topluluk üzerinde kanuna aykırı fiiller işlemesini tahrik kastı ve bu tahrikin kanuna aykırı bir fiili doğurma olasılığı bulunsa da cezalandırılmayacağını, zira kullanılan ifadenin, gelecekteki belirsiz bir zamanda gerçekleştirilme ihtimali olan hukuka aykırı bir fiilin savunulmasından başka bir anlama gelmediği ve bu nedenle failin fiilinin, her an gerçekleşebilecek bir düzensizlik/kargaşa ortamı yaratma olasılığının olmadığına hükmetmiştir. **KOMMERS**, s. 669, **STRASSER**, s. 58, **HEALY**, s. 666, 667.

⁴²¹ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 663, 664, **DOW/SHIELDES**, s. 1239, **GEY**, s. 1329, **HEALY**, s. 665.

bb. İHAM Kararları Bakımından Açık ve Yakın Tehlike Teorisi

İHAM'nin, önüne gelen davalarda “açık ve yakın tehlike” teorisine başvurup başvurmadığı hususunda, oldukça az doktrinel çalışma olmakla birlikte, bir kısım yazar, bazı davalarda Mahkeme'nin 10. maddesini yorumlayış şeklini, Amerikan Yüksek Mahkeme'sinin Gitlow davasında uyguladığı, hâkim Hand'in “doğrudan tahrik” yaklaşımına benzetmektedir. Bu bakış açısını ilk bakışta destekleyen veri ise, 1999 Sürek (No. 3) Türkiye davasında, hâkim G. Bonello'nun muhalefet şerhinde çoğunluk görüşünü eleştirip, *Schenck, Abrams, Whitney* ve *Brandenburg* davalarına değinerek, açık ve yakın tehlike teorisinin de bir alternatif olarak kullanılabileceğini ifade etmesi olmakla birlikte,⁴²² gerek eski Komisyon kararlarında ve gerek ise Mahkeme kararlarında “açık ve yakın tehlike” teorisine doğrudan atıf yapılmadan zaman zaman bu teoriye yakın yorumların ortaya çıktığını ifade etmek mümkün görünmektedir.

Eski Komisyon kararları bakımından, düşünceyi ifade özgürlüğü ile ulusal güvenliğin sağlanması arasındaki gerilimin ilk defa Komisyon kararına yansıdığı 1963 tarihli *X. v. Avusturya* davasında Komisyon, Avusturya vatandaşı sanık hakkında neo-Nazi faaliyetlerinden dolayı verilen hükmü, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı bulmamıştır. Başvuran, yazdığı yazılarda, şiddete tahrikin bulunmadığını ve toplumdaki gençlere milli bir dünya görüşünü aşılamanın Avusturya yasalarında tehlikeli bir faaliyet olarak düzenlenmediğini iddia etmesine rağmen Komisyon, başvuranın talebini, nasyonal sosyalist fikirlerin yeniden canlanmasını engellemeye yönelik sınırlandırmaların, kamu güvenliği ve milli güvenliği sağlamak açısından demokratik bir toplumda gerekli olması gerekçesiyle, reddetmiştir⁴²³. Sonraki yıllarda Komisyon, hükümete muhalefete tahrik davalarıyla da ilgilenmiştir. Nitekim sanığın, askeri hizmetini yapanları itaatsizliğe ikna eden mektuplar göndermekten dolayı 1934 tarihli İngiliz Hükümetine Muhalefete Tahrik Kanunu'na göre iki yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırıldığı 1975 tarihli *X. v. Birleşik Krallık* davasında Komisyon, Kuzey İrlanda'daki toplumsal koşullar da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu sınırlandırmanın kamu güvenliği nedeniyle gerekli olduğuna kanaat getirmiştir. Üç yıl sonra Komisyon, Pat Arrowsmith adlı başvuranın, görevlendirildiği bir ordugâhta, askerlere Kuzey İrlanda'daki hizmetlerini

⁴²² **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 666, **BARNUM**, s. 288.

⁴²³ Komisyon, benzer nitelikte bir görüşünü, 1976 tarihli *X. v. İtalya* kararında da tekrarlamıştır. **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 666, 667.

sürdürmemelerini öğütleyen bildiriler dağıtması nedeniyle on sekiz ay hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması nedeniyle önüne gelen *Arrowsmith v. Birleşik Krallık* davasında ise, ordunun, neredeyse her gün IRA tarafından gerçekleştirilen saldırılara maruz kaldığını ifade ederek, Kuzey İrlanda'daki son derece ciddi duruma ve kayıplara (ölü/yaralı) dikkat çekmiş ve söz konusu koşullar altında dağıtılan bildirilerin, askerleri hükümete muhalefete cesaretlendirici ve tahrik edici nitelikte olduğuna kanaat getirmiştir. Komisyona göre, askerlerin itaatsizliğe tahrik edilmesi, barış zamanında dahi milli güvenlik bakımından tehlike yaratacak nitelikte bulunduğundan, başvuran hakkında verilen mahkûmiyet kararı, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak Söz konusu dava açısından önemli olan husus, Arrowsmith'in, dava konusu olaylar kapsamında “açık ve yakın tehlike” teorisinin uygulanmasını talep etmiş, Komisyon'nun ise, başvuranın bu talebini geri çevirmemiş ve Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasını, “açık ve yakın tehlike” teorisi kapsamında yorumlamış olmasıdır. Komisyona göre, “Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ‘gereklilik’ kavramı, ‘baskın toplumsal ihtiyacı’ ifade etmekle birlikte, ‘baskın toplumsal ihtiyaç’, açık ve yakın bir tehlikeyi içerebilir. Bu hususun ise, davanın kendi şartları kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.”⁴²⁴ Bununla birlikte Komisyon'a göre, *Handyside v. Birleşik Krallık* davasında da açıkça belirtildiği üzere, gerçekten zorunlu bir toplumsal ihtiyacın olup olmadığı hususunda, yerel otoritelerin Komisyon'a göre daha fazla bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte, söz konusu davada ulusal otoriteler, Arrowsmith'in kampanyasıyla, Kuzey İrlanda'daki zor koşullar ve bu kampanyanın doğurabileceği olası sonuçları değerlendirmişlerdir. Bu nedenle, dava bakımından, baskın toplumsal ihtiyaç şartı gerçekleşmiştir⁴²⁵.

Yukarıda özetlenen davalar kapsamında, Komisyon'un “açık ve yakın tehlike” teorisini, tamamen değerlendirme dışı bırakmamış olduğunu fark etmek mümkündür. Zira özellikle Arrowsmith davasında Komisyon'un, kullanılan ifadelerin, içeriği ve kullanıldığı koşullar dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmek suretiyle, hâkim Holmes'un ilk ortaya attığı şekliyle ortaya çıkan “açık ve yakın tehlike” teorisine benzer bir yorum tarzının benimsenmiş olduğunu söylemek mümkündür⁴²⁶.

⁴²⁴ SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 667, BARNUM, s. 281, 282.

⁴²⁵ SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 668.

⁴²⁶ SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 668, 669.

Benzer bir değerlendirmeyi, 1997 tarihli *Zana v. Türkiye*⁴²⁷ davasında da görmek mümkündür. Zira söz konusu davada İHAM, sanığa verilen cezanın, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı üzerinden çeşitli değerlendirmelerde bulunmuştur. İlk olarak Mahkeme, *Handyside v. Birleşik Krallık* davasında dile getirdiği temel bir prensibi tekrarlamıştır. Bu prensibe göre “*ifade özgürlüğü, sadece hoş giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bir sınırlandırmanın, demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılırken, baskın sosyal ihtiyacın olup olmadığının da araştırılması gerekir. Baskın sosyal ihtiyacın söz konusu olup olmadığı ise, davanın kendi koşulları içerisinde, kullanılan ifadelerin içeriği ve kullanıldığı koşulların birlikte değerlendirilmesini gerektirir.*” Bu tespitler ışığında Mahkeme, dava konusu olaylarda Zana’nın kullandığı ifadelerin içeriğini çelişkili ve muğlak bulmuştur. Zira İHAM’a göre Zana, bir yandan amaçlarını şiddet yoluyla gerçekleştirmeye çalışan bir terör örgütünü, PKK’yı desteklediğini ifade ederken bir yandan da katliamları/cinayetleri onaylamadığını ifade etmektedir. Ayrıca söz konusu ifadeler, Türkiye’nin güney doğusunda var olan somut durum göz önünde bulundurulmak suretiyle yorumlanmalıdır. Bunun yanında söz konusu açıklamalar, eski bir belediye başkanı tarafından yapılmış ve yüksek tirajlı ulusal bir gazetede yayımlanmıştır. Üstelik söz konusu açıklamaların yayımlanma zamanı, sivil vatandaşların PKK militanları tarafından öldürüldüğü zamanla aynı zamana denk gelmiştir. Bu nedenle Mahkeme, tüm bu koşullar beraber değerlendirildiğinde, yapılan açıklamanın, zaten patlamaya hazır olan bir havayı daha da ağırlaştırma olasılığının bulunduğu sonucuna varmıştır⁴²⁸. Şu halde, söz konusu dava açısından, Mahkeme tarafından kararda açıkça bir atıf yapılmamış olsa da, açık ve yakın tehlike teorisine benzer bir yorum şekli kullanılmıştır. Burada kullanılan

⁴²⁷ Başvurucu Diyarbakır eski belediye başkanı Mehdi Zana, Diyarbakır Askeri Cezaevinde mahkûm olarak bulunurken Ağustos 1987’de gazetecilerle yaptığı bir röportajda, “...PKK’nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar...” şeklinde görüşlerini açıklamış, bu açıklamanın ulusal günlük gazete Cumhuriyet’te 30 Ağustos 1987’de yayınlanması üzerine, hakkında Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) tarafından, 765 sayılı TCK’nun 312. (yasanın cürüm saydığı bir fiili savunmak) ve 168. (125. maddede sayılan cürümleri işlemek için silahlı cemiyet ve çete teşkil edilmesi yahut böyle bir cemiyet ve çetede amirliği ve kumandayı ve hususi bir vazifeyi haiz olması) maddeleri gereğince hüküm verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi sonucu ise Yargıtay, Diyarbakır DGM’nin kararını onamıştır. **Başvuru No. 18954/91, 25.11.1997**, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, (Erişim Tarihi: 14.10.2015)

⁴²⁸ Belirtmek gerekir ki, başvuranın kullandığı ifadeler değerlendirilirken, yapılan açıklamanın o dönem infaz kurumunda olan eski bir belediye başkanı olması ve yaptığı açıklamaların, söz konusu olayların yaşandığı bölgeden uzak bir yerde İstanbul’daki bir gazetede yayımlanması hususlarının, ulusal güvenlik açısından güçlükle tehlike yaratabileceğinin göz önünde bulundurulmaması, karara muhalif kalan bazı hâkimler tarafından eleştirilmiştir. **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 670, **TÜMAY**, s. 222.

yorum ise, ifadeleri kullanan kişinin otoritesine, kullanılan ifadelerin yayılma yeri ve genişliği gibi hususlara ağırlık verilmesi nedeniyle, daha çok hâkim Holmes'un çoğunluk görüşüne muhalif kaldığı *Debs* ve *Abrams* kararında tartışılan teorinin uygulanma şekline benzemektedir. Diğer yandan İHAM, “*yapılan açıklamanın, zaten oldukça tartışmalı olan bir durumu daha da alevlendirme olasılığının bulunduğu*” değinerek, Holmes-Brandeis⁴²⁹ teorisindeki, “*tehlike olasılığı*”na atıf yapmış olmaktadır⁴³⁰.

Benzer bir dava 1998 tarihli *İncal v. Türkiye*⁴³¹ davasıdır. Ancak söz konusu davada İHAM, İncal hakkındaki mahkûmiyet kararının, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırılık teşkil ettiği kanaatine varmıştır. Zira Mahkeme'ye göre, başvuranın yerel politikalar konusunda yaptığı açıklamalar ne kadar ağır nitelikte olsa da, bu açıklamaların vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık yaratma ya da onları şiddete tahrik etme şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Söz konusu metnin beyan ettiğinden farklı amaçlara ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceği göz ardı edilemezse de bildiriye yazanlar tarafından açıklanan amacın samimiyetini yalanlayabilecek somut bir eyleme ilişkin kanıt bulunmadığından, Mahkeme bu amacın samimiyetinden kuşku duymak için bir sebep görmemektedir. Kaldı ki, hükümete karşı yapılan eleştirinin müsaade edilebilir sınırları, bir şahsa hatta bir politikacıya yapılan eleştiriden daha geniştir. Ayrıca, demokratik bir toplumda terörle mücadelenin ve bastırmanın önceliği olduğu düşünülerek, düşmanlığı tahrik vasıtasıyla terör eylemlerini desteklemeye yönelik her teşebbüsün önüne geçmek devlete düşen bir görev olsa da *Zana* davasından farklı olarak, söz konusu davada başvuran, Türkiye'deki terör sorunundan herhangi bir şekilde sorumlu tutulmasına neden olabilecek bir açıklamada bulunmamıştır. Bu nedenle İHAM bakımından iki dava arasındaki temel fark, *Zana* davasının aksine *İncal* davasında “*yapılan açıklamanın, zaten patlamaya hazır olan bir havayı daha da ağırlaştırma olasılığının bulunmamasıdır*.”⁴³²,

⁴²⁹ Söz konusu teoriye ilişkin açıklamalar için bkz. s. 97 vd.

⁴³⁰ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 670, 671, **BARNUM**, s. 285, 286.

⁴³¹ Halkın Emek Partisi (HEP) İzmir teşkilatının yöneticisi olan İncal, parti yönetimi olarak İzmir çevresindeki gecekondu ve seyyar satıcılara yönelik belediye ve valilik uygulamalarını eleştiren bir bildiri dağıtmak için valiliğe başvurmuş, ancak bildiri dağıtılmadan valilik tarafından bildiriye el konularak bildirinin içeriği nedeni ile başvuru hakkında 765 sayılı TCK'nun 312. maddesinden (halkı ırk bakımından kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama) dolayı dava açılarak mahkûm olmuştur. Söz konusu bildirinin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **İncal v. Türkiye, Başvuru No. 22678/93, 09.06.1998**, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

⁴³² **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 671, **İncal v. Türkiye, Başvuru No. 22678/93, 09.06.1998**, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

İHAM'nin, buna benzer nitelikte düşünce açıklamalarına ilişkin değerlendirme yapma fırsatı bulunduğu Türkiye'ye ilişkin diğer davalar, Sürek (No. 1), Sürek (No. 3), Erdoğan ve İnce, Karataş, Polat, Gerger, Ceylan, Arslan, Sürek ve Özdemir, Sürek (No. 2), Sürek (No. 4), Okçuoğlu, Başkaya ve Okçuoğlu davaları olmakla birlikte, Sürek (No. 1), Sürek (No. 3) dışındaki diğer davalarda İHAM, başvuranlar açısından, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, söz konusu ihlal kararlarını verirken, Türkiye'nin güney doğusunda yaşanan olayların, ulusal güvenliğin ve sınır bütünlüğünün korunması bakımından devlet tarafından alınacak güvenlik önlemlerini meşru kılabileceğini, ancak söz konusu davalarda devlet tarafından alınan önlemlerin ne demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ne de orantılı olduğuna değinmiştir. Diğer yandan Mahkeme, bu davaların bir kısmında, düşüncelerin ifade ediliş şekil ve ifade edildiği koşulların, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu düzeni üzerinde oluşturabileceği potansiyel etkiyi de kısıtlayabileceğine değinmiştir. Örneğin, *Polat*⁴³³ ve *Arslan*⁴³⁴ davalarında olduğu gibi, kamuya açıklanan görüşlerin, şiddete, silahlı direnişe ya da bir isyana teşvik etmeksizin edebi eser yoluyla açıklanması, *Okçuoğlu* davasında olduğu gibi, düşük tirajlı bir dönemsel yayında ya da *Karataş* davasında olduğu gibi, şiddet öğeleri içerse de sadece okuyucuların azınlığına hitap eden bir sanatsal ifade türü olan şiir yoluyla yayımlanması⁴³⁵ yahut *Gerger* davasında⁴³⁶ olduğu gibi, yine şiddete, silahlı direnişe ya da bir isyana teşvik etmeksizin oldukça az bir katılımın olduğu bir anma töreninde açıklanması, bu tip düşüncelerin kitle iletişim araçları/görsel basın yoluyla açıklanmalarından çok daha az bir etki doğuracak niteliktedirler⁴³⁷.

Sürek (No. 1) ve Sürek (No. 3) davalarında ise Mahkeme, daha farklı sonuçlara ulaşmıştır. İHAM Sürek (No. 1) davasında⁴³⁸, dava konusu mektuplarda “*katliam*”, “*zulüm*” ve “*cinayet*” gibi göndermelerin yanı sıra, “*Faşist Türk ordusu*”, “*TC cinayet çetesi*” ve “*emperyalizmin kiralık katilleri*” gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara

⁴³³ Söz konusu bildirinin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Polat v. Türkiye*, Başvuru No. 23500/94, 08.06.1998, hudoc.echr.coe.int, <http://www.tohav.org/aihm/polat.pdf>, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

⁴³⁴ Söz konusu bildirinin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Arslan v. Türkiye*, Başvuru No. 23462/94, 08.06.1998, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

⁴³⁵ Söz konusu şiirin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Karataş v. Türkiye* Başvuru No. 23168/94, 08.07.1999, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

⁴³⁶ Söz konusu konuşmanın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Gerger v. Türkiye* Başvuru No. 24919/94, 08.07.1999, hudoc.echr.coe.int, <http://www.tohav.org/aihm/polat.pdf>, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

⁴³⁷ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 672, 673, **BARNUM**, s. 286, 287.

⁴³⁸ Söz konusu makalenin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Sürek v. Türkiye* Başvuru No. 26682/95, 08.07.1999.

bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmiş, mektupta kullanılan ifadeleri temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı olarak değerlendirmiştir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, mektupların 1985'ten buyana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurma'nın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur. Ayrıca “*Suç Bizim*” başlıklı mektubun kişileri isimleri ile tanımlayarak, bunlara karşı olan nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır⁴³⁹. Mahkeme, benzer bir sonuca Sürek (No. 3) davasında⁴⁴⁰ da ulaşmıştır. Zira dava konusu olaylar bakımından başvuranın kullandığı, Kürtlerin kurtuluş mücadelesinin, “*Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı savaşıarak*” elde edilebileceği ifadesi ve “*Toplu kurtuluş mücadelesi*” çağrısı yapması, bölgenin içinde bulunduğu durum da değerlendirildiğinde, okuyucuya iletilen mesaj bakımından, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurma'nın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur⁴⁴¹. Dava açısından İHAM'ın çoğunluk görüşü ile aldığı karar kadar ilginç olan bir diğer husus muhalefet şerhlerinde belirtilen görüşlerdir. Zira söz konusu davada, hâkim Bonello açık bir şekilde, “*açık ve yakın tehlike teorisi*”ni bir alternatif olarak sunmuş ve güç kullanma çağrısının entelektüelleştirilip soyutlanarak, asıl ya da gelecekteki şiddet odaklarından zaman ve mekân olarak uzaklaştırıldığında, ifade özgürlüğü temel hakkının genel olarak baskın çıkacağına değinmiştir. Bu anlamda Bonello'ya göre, “*İfade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı sebeplere bağlayan mevcut ve belirgin bir tehlikenin tespit edilmesini desteklemek amacıyla, kısa sürede ortaya çıkacak ciddi bir şiddetin beklenip beklenmediğinin ya da savunulup savunulmadığının ya da başvuranın geçmişteki*

⁴³⁹ **Sürek v. Türkiye Başvuru No. 26682/95, 08.07.1999**, hudoc.echr.coe.int, <http://www.tohav.org/aihm/polat.pdf>, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

SOTTIAUX, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, s. 60.

⁴⁴⁰ Söz konusu yazının içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Sürek v. Türkiye Başvuru No. 24735/94, 08.07.1999**, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

⁴⁴¹ **SOTTIAUX**, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 673.

eyleminin şiddet taraftarlığının en kısa zamanda ve zarar verici eylemleri yaratacağı hususuna inanılması ile ilgili olarak sebep teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gereklidir... algılanan kötü niyetin etkisinin tam olarak tartışmaya fırsat kalmadan meydana gelecek şekilde çok yakın durumlar haricinde, konuşmalardan kaynaklanan hiçbir tehlike bariz ve mevcut olarak nitelendirilmez...Kötü niyetin engellenmesi için eğitim süreci vasıtasıyla tartışılarak, yanlışlık ve mantıksızlıkların bariz hale getirilmesi için yeterli zaman olduğunda uygulanacak çözüm, zorla kabul ettirilen sessizlikten ziyade, konuşmak olmalıdır.⁴⁴²

Hâkim Palm ise muhalefet şerhinde, çoğunluk görüşünde, söz konusu mektuplar içinde kullanılan sert ve kırıcı olduğunu kabul ettiği kelimeler üzerine çok fazla ağırlık verdiğini ve kelimelerin genel olarak kullanıldığı bağlama ve bunların olası etkilerine yeterli önemin verilmediği kanaatinde olduğunu ifade etmiştir⁴⁴³. Zira Palm'a göre, söz konusu kelimelerin genel suçlayıcı tonu ve altında yatan şiddet ile okuyucuyu şok ettiği ve rahatsız ettiği şüphesiz olmakla birlikte, İHAM vurgulandığı üzere, bir demokraside “kavga” sözleri bile 10. madde kapsamında korunabilecektir. Mevcut davada, anılan şiddet nitelikli ve kırıcı konuşmanın Sözleşme kapsamında korunmaktan çıkmasının sebebi ise, Mahkeme tarafından uygulanan yaklaşımdır. Bu nedenle, temel yaklaşım, kullanılmış olan şiddetli ve şok edici tonu üzerine daha az ve konuşmanın yapılmış olduğu bağlama ilişkin ortama daha fazla ağırlık verilmesi olmalı ve bu tespit yapılırken, kullanılan dilin, şiddetin körüklenmesi ve tahrik etmek amacıyla mı kullanıldığı, ifade edilen düşünceler neticesinde ortaya çıkan hakiki ve gerçek bir tehlikenin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Palm, Zana davasında, Mahkeme'nin, (1) röportajın ilgili zamanda bölgede aşırı gerginliğin hakim olduğu güneydoğu Türkiye'de PKK tarafından cinayet saldırılarının yürütülmüş olduğu zamana denk geldiği, (2) başvuranın, güneydoğu Türkiye'nin en önemli şehri olan Diyarbakır Belediye Başkanı olduğu, (3) röportajın büyük bir günlük ulusal gazetede yayınlanmış olduğu, ilgili bölgede halihazırda mevcut olan tehlikeli durumu körükleyecek şekilde değerlendirilmesi gerektiğini dikkate alarak, konuşmanın yapıldığı bağlamı incelediğine değinmiş ve söz konusu ölçütlerin, *Sürek* davasına uygulandığında ise, somut olayda kullanılan ifadelerin nefret veya şiddete teşvik açısından gerçek veya hakiki bir

⁴⁴² <http://www.tohav.org/aihm/surek.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2015)

⁴⁴³ BARNUM, s. 287.

tehlike oluşturmadığı⁴⁴⁴ ve başvuranın körükleyici tonundan ziyade, mektupların içindeki siyasi mesaj nedeniyle cezalandırıldığı kanaatine ulaşmasına neden olduğunu ifade etmiştir⁴⁴⁵. Benzer bir şekilde hakim Fichbach da okuyucular tarafından yazılan iki makalede şiddetin kullanılması yönünde bir teşvik tespit edememiş olduğunu, 1985 yılından bu yana güneydoğu Türkiye’de baskın olan durum göz önüne alınarak sergilenen bu tutumun, Sözleşme tarafından teminat altına alınan ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılması anlamına geleceğini ve bölgede meydana gelen olayların, sert ve şok edici ifadeler ile tanımlamaktan başka hiç bir şey yapmayan başvuranın, Mahkeme tarafından hoşgörü sınırları dahilinde ve dolayısıyla 10. maddenin istisnaları kapsamı haricinde kabul edilen diğer davalardaki yorumlardan daha fazlasını söylememiş olduğunu ifade etmiştir⁴⁴⁶.

Tüm bu muhalif görüşlerden sonra ifade edilebilir ki, Mahkeme’nin Zana davasında oluşturduğu ölçütler, Sürek (no.3) davasında değişmiş ve somut olayda kullanılan ifadelerin, şiddete tahrik edip etmedikleri yönündeki değerlendirmeler, kullanılan ifadelerin içeriği ve kullanıldığı şartlar kıstaslarından uzaklaşarak yapılmıştır. Bu nedenle, söz konusu davada, Holmes’ün ilk ortaya attığı şekliyle “*açık ve yakın tehlike teorisi*”ne benzer bir yorumun yapıldığı değil Gitlow davasındaki “*kamu düzenini bozmaya eğilimli olan*” fiilleri ifade eden “*doğrudan tahrik*” teorisine benzer bir yorumun kullanıldığı üzerinde durulmuştur⁴⁴⁷.

Öztürk v. Türkiye davasında⁴⁴⁸ da Mahkeme, öncelikle dava konusu kitapta kullanılan ifadeleri incelemiş ve bu ifadelerin şiddete tahrik niteliğini haiz olmadığını belirtmiştir. Diğer yandan ise, eldeki davada kitabın Kasım 1988 baskısının, uzun dönemde, Türkiye’de suçun ve kargaşanın önlenmesi üzerinde zararlı bir etkisi olabileceği hususunda ikna

⁴⁴⁴ Nitekim hâkim Palm’a göre, Bu yaklaşım, mevcut davaya uygulandığında, aşağıdaki unsurlar önem kazanmaktadır. İlk olarak, başvuran Ceza Kanununun 312. maddesi uyarınca nefrete teşvikten değil bölücü propaganda yapmak suçundan yargılanmıştır. Aslında Mahkeme, başvuranın 312. maddesi kapsamında mahkûm edilmesine yer olmadığına karar vermiştir. İkinci olarak başvuran derginin sadece en büyük pay sahibi olup, söz konusu mektupların ne yazarı ne de söz konusu malzemelerin seçiminden sorumlu yazı işleri müdürüdür. Bu nedenle kendisi okuyucu mektuplarının yayınlanmasına ilişkin sorumluluk zincirinde aşağı sıralardadır. Ayrıca kendisi (ne de yazarlar), Zana davasında olduğu gibi kamuoyu üzerinde etkiye sahip önemli şahsiyetler değildir. Üçüncü olarak dergi güneydoğu Türkiye’deki çatışma bölgesinden çok uzakta, İstanbul’da yayınlanmıştır. Son olarak okuyucular tarafından yazılan mektuplar bir dergide merkezi veya ana konuma sahip değildir ve özelliği itibarıyla sınırlı etkiye sahiptir. Ayrıca, halktan fertlerin yayınlanmak üzere yazdıkları mektuplarında profesyonel muhabirlere göre daha doğrudan ve sert stil kullanacakları gerçeğine bir pay bırakılmalıdır.

⁴⁴⁵ <http://www.tohav.org/aihm/surek.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2015)

⁴⁴⁶ <http://www.tohav.org/aihm/surek.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2015)

⁴⁴⁷ SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 674, 675.

⁴⁴⁸ Başvuran hakkında, yazarı M. N. Behram olan ve yazarın 1973 yılında yasa dışı Maoist bir örgüt olan Türkiye Komünist Partisi – Marksist-Leninist (TKPML)’nin kurucu üyeleri arasında yer alan İbrahim Kaypakaya’nın hayatını anlattığı “Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün Güncesi” adlı kitabını yayınlaması nedeniyle mahkûm edildiği kitabın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Öztürk v. Türkiye Başvuru No. 22479/93, 28.09.1999*, hudoc.echr.coe.int, <http://www.tohav.org/aihm/polat.pdf>, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

olmadığını, kitabın 1991 yılından beri satıldığını ve Öztürk'ün mahkûm edilmesinden önce ve sonra var olan bölücü tehditlerin artmadığına dikkat çekmiştir. İHAM'ne göre hükümet, Ekim 1988'deki ilk baskısından farklı olarak kitabın ikinci baskısının nasıl daha fazla etki uyandırmış olabileceğine açıklık getirmemiştir. Bu nedenden dolayı, Mahkeme, mevcut davada Türkiye'deki terörizmin neden olduğu sorunlara ilişkin olarak Öztürk'ün sorumluluk taşıdığı bulgusunu haklı gösterecek herhangi bir husus görmemiş ve başvuran hakkında ceza yaptırımı uygulanmasının, *Zana v. Türkiye* davasının koşullarından farklı olan mevcut dava koşullarında haklı gösterilemeyeceği kanaatine oybirliğiyle varmıştır⁴⁴⁹. Mahkeme, söz konusu davada geliştirdiği prensipleri ise, Özgür Gündem, Erdoğan, Yalçın Küçük ve Ayşe Öztürk davalarında da kullanmıştır.

Mahkeme'nin benzer nitelikte bir yorumda bulunduğu bir diğer dava da *Kızılyaprak v. Türkiye* davasıdır. Söz konusu davada Mahkeme, “İHAM, söz konusu kitapta kullanılan sözcüklere dikkat etmekte ve özellikle olayların meydana geldiği sırada teröre karşı verilen mücadelenin güçlüklerini göz önünde bulundurmaktadır.” ifadelerine yer vermek suretiyle, Zana davasında oluşturduğu ölçütlere tekrar yaklaşmıştır. Zira Mahkeme'ye göre başvuran, söz konusu kitapta yer alan ifadelerin “PKK mensuplarının haklı olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiğini” dile getirmiş olduğu gibi, eserin sert bir dille yazılmış olduğu, özellikle Türk devletinin ve ordusunun en olumsuz yönlerinin aktarıldığı bazı bölümlerde ne şiddet kullanımı ne orduya karşı direnme ne de ayaklanmanın teşvik edildiğine dikkat çekmiştir⁴⁵⁰.

Tüm bu davalar bakımından ifade edeceğimiz ilk husus, İHAM'nin hiçbir zaman “açık ve yakın tehlike” teorisi ya da ona benzer herhangi bir teoriyi kabul etmemiş ve kararlarında bu tür bir teoriye açıkça yer vermemiş olduğudur. Yukarıda da incelediğimiz üzere Mahkeme, sadece bazı kararlarında, özellikle ilk hali bakımından “açık ve yakın tehlike” teorisine benzeyen yorumlarda bulunmuştur. Bunun dışında ise kavram doğrudan,

⁴⁴⁹ <http://www.tohav.org/aihmkturk/turkiye.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2015)

Mahkeme söz konusu davada, 1999 yılında gördüğü davalarda dile getirdiği prensiplere de yer vermiştir. Buna göre, “...Hükümete getirilecek eleştiri sınırları bir vatandaşa ya da bir politikacıya getirilecek eleştiri sınırlarından daha geniştir. Demokratik bir sistemde, hükümetin yaklaşımları ve kusurları sadece yasama ve yargı yetkilileri tarafından değil, kamuoyu tarafından da yakın incelemeye tabii tutulmalıdır...Bununla birlikte, Devlet yetkilileri de, kamu düzeninin garantörleri olarak, anılan türden demeçlere, aşırıya kaçmaksızın uygun şekilde tepki gösterilmesini amaçlayan uygun önlemleri, ceza kanunu niteliğinde olsa dahi alabilirler. Sonuç olarak, bireyleri, kamu yetkilisini ya da diğer bir sektörü şiddete tahrik eden ifadeler söz konusu olduğunda, ulusal yetkililer düşünce özgürlüğüne müdahale edilmesine ihtiyaç olup olmadığı hususunda değerlendirme yaparken daha fazla takdir kullanırlar.” ⁴⁴⁹ <http://www.tohav.org/aihmkturk/turkiye.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2015)

⁴⁵⁰ Söz konusu yazının içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Süreç v. Türkiye Başvuru No. 24735/94, 08.07.1999**, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

muhalif görüşlerde, bir alternatif olarak “açık ve yakın tehlike” teorisinin uygulanabileceği tavsiyesiyle dile getirilmiştir. Şu halde, incelenen davalardan da açıkça anlaşılabileceği gibi, İHAM, “şiddete tahrik”i ölçü olarak almakta ve önüne gelen davayı bu kapsamda değerlendirmektedir⁴⁵¹. Ancak söz konusu ölçüte ilişkin tartışmalar da 765 sayılı TCK’nun 312. maddesi (TCK m. 216/1) kapsamında, halk kesimlerinin birbirlerine karşı şiddete tahrik edilmesi noktasında toplanmamakta, şiddet genellikle devlet yahut ordu eksenli tartışılmaktadır. Bu anlamda söz konusu davalarda, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun “tipikliği” bakımından açıkça eksik bir değerlendirme söz konusudur.

Diğer yandan, Mahkeme’nin, “şiddete tahrik” değerlendirmesi yaparken çok da tutarlı olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, benzer nitelikteki davaların bir kısmında, “şiddete tahrik” ögesi bakımından, açıklanan düşüncelerin açıklandığı yer, kullanılan ifadelerin içeriği, açıklayan kişi ya da yayılma genişliği gibi nedenlerle Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde görüş bildirirken, *Sürek (no.1)* ve *Sürek (no.3)* davalarında olduğu gibi, tam tersi yönde kanaate ulaştığı davalar da söz konusu olmuştur⁴⁵². Diğer yandan, kullanılan ifadelerin şiddete tahrik olarak yorumlanabileceğini kabul ettiği *Karataş* davasında da açıklanan düşüncenin, yayılma alanının dar olduğunu kabul ettiği sanatsal bir araç olan şiirle dile getirilmesini, Sözleşme’nin 10. maddesinin koruması kapsamında değerlendirmiştir⁴⁵³.

Bu durumun temel sebebinin, Mahkeme’nin tartışmaya mahal vermeyecek ölçüde bir “ifadenin içeriği” ve “ifadenin kullanıldığı yer/şartlar” ölçütü, bir başka ifadeyle, sınırları çizilmiş bir “şiddete tahrik” ölçütü belirlememiş olmasıdır. İHAM’nin kullandığı “şiddete tahrik” ölçütünün, Amerikan içtihatları ile karşılaştırıldığında, üye devletler ve onların vatandaşlarına çok iyi bir rehberlik etmediğini ifade etmek mümkündür. Zira Brandenburg davası ile açık ve yakın tehlike teorisine getirilen ölçütler, İHAS’nin 10. maddesinin yorumlanış şekliyle kıyaslandığında, çok daha kesin ve açık niteliktedirler. İHAM’nin kararlarında bu nitelikte bir kesinlik ve açıklığa rastlanmamakla birlikte, Mahkeme’nin

⁴⁵¹ SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s. 675, 679.

⁴⁵² SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s.675, 679, SOTTIAUX, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, s. 61.

⁴⁵³ “Söz konusu eser sık sık dokunaklılık ve istiare kullanımı ile ‘Kürdistan’ için fedakarlığa davet eden ve Türk makamlarına yönelik bazı belirli agresif bölümler içeren şiirlerden oluşmaktadır. Edebi olarak ele alındığında, şiirler okuyucuları nefret, isyan ve şiddet kullanmaya teşvik ediyor şeklinde yorumlanabilir. Gerçekten böyle bir amaca yönelik olup olmadıklarına ilişkin bir karar verirken, başvuran tarafından kullanılan aracın sadece okuyucuların azınlığına hitap eden bir sanatsal ifade türü olan şiir olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.” *Karataş v. Türkiye Başvuru No. 23168/94, 08.07.1999*, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

kararlarında sık sık atıfta bulunduğu “*şiddete tahrik*” ölçütü, çoğu zaman Mahkeme çoğunluğunun, somut olayda kullanılan ifadelerin niteliği/içeriği ve bu ifadelerin hangi şartlarda açıklandığını yorumlamalarına bağlı olmaktadır. Bu nedenle İHAM’ın, hangi düşünce açıklamalarını şiddete tahrik olarak değerlendireceğini önceden öngörmek mümkün olmamaktadır. Zira açıklanan düşünceler, içerik olarak ele alındığında, muhatapları bir fiil işlemeye tahrik etmeyebilir, fakat düşüncelerin açıklandığı koşullar ele alındığında, “*şiddete tahrik*” olarak yorumlanabilir. Ya da düşüncesini açıklayan kişi, *Karataş* davasında olduğu gibi, açıkladığı düşüncelerle, bir fiilin işlenmesini savunmuş olabilir ancak, bu ifadelerin kullanıldığı koşullar göz önünde bulundurularak, bunun bir “*şiddete tahrik*” olmadığı sonucuna varılabilir⁴⁵⁴.

İHAM kararları bakımından değineceğimiz son husus, son zamanlarda verdiği bazı kararlarında Mahkeme’nin Amerika menşeli bir teori olan “*gerçek tehdit*” teorisine de yer vermiş olmasıdır.

Bu davalardan ilki, *Fáber v. Macaristan* davasıdır. Söz konusu davaya ilişkin olaylar, Macaristan Sosyalist Partisi’nin (MSZP) ırkçılık ve nefrete karşı Budapeşte’de protesto gösterisi düzenlemesi ve eş zamanlı olarak Jobbik (sağ kanat siyasi parti) üyelerinin yapılan gösteriye karşı karşıt görüşlerini açıklamak üzere, bu gösteriye yakın bir alanda, toplanmaları, bu esnada başvuranın MSZP gösterisine yüz metreden az uzaklıkta bir yerde, her hangi bir sözlü ya da fiili bir davranışı olmaksızın, 1944/45 Arrow Cross rejimi döneminde birçok Yahudi’nin öldürüldüğü Tuna nehri seti basamaklarında çizgili Árpád bayrağı taşıması ve bu nedenle para cezasına mahkûm edilmesi şeklinde gelişmiştir. İHAM söz konusu davada, başvuranın pasif davranışı, tehdit ya da taciz niteliğinde bir fiilin bulunmaması ve sadece provakatif olduğu kabul edilen bir bayrağın taşınması ile MSZP gösterisine olan uzaklık ve kamu güvenliği ve kamu düzeni bakımından herhangi bir tehlikenin bulunmaması hususlarını göz önünde bulundurmıştır. Bu kapsamda İHAM söz konusu davada, hedef topluluğa yönelen bir “*gerçek tehdit*”in bulunmadığı kanaatine varmıştır⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ SOTTIAUX, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, s.675, 679.

⁴⁵⁵ *Fáber v. Macaristan*, Başvuru No: 40721/08, 24.07.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 13.11.2016), Belirtmek gerekir ki İHAM bu davada Sözleşme’nin hem 11. hem de 10. maddeleri bakımından değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, 11. madde bakımından yaptığı değerlendirmede Amerika Yüksek Mahkemesi’nin Virginia Black ve Snyder v. Phelps davalarına (gerçek tehdit teorisi) değinmişken, 10. madde kapsamında yaptığı değerlendirmeyi genel “*nefrete tahrik*” kapsamında ele almıştır. Bu nedenle biz de kararın 11. maddesine ilişkin değerlendirmelere burada yer verirken, 10. maddeye ilişkin değerlendirmelere 216. maddenin 2. fıkrasında yer vermeyi uygun buluyoruz. hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi:12.10.2015).

Bir diğ er dava, *Vona v. Macaristan* davasıdır. Söz konusu davaya ilişkin olaylar, Roman nüfusunun yoğ nluklu olarak yaşadığı bölgelerde, askeri üniformalar giymek ve askeri tarzda söylemlerde bulunmak ve yürüyüşler yapmak suretiyle gösteriler yapılması nedeniyle Macarlığı Koruma Derneğı ve ona bağılı Macarlığı Koruma Hareketi'nin feshedilmesi şeklinde gelişmiştir. Bu davada İHAM, *F ber v. Macaristan* davasından farklı bir kanaate ulaşmıştır. Zira Mahkeme, davaya konu olan fiillerin, hedef topluluğ n belli bir etnik gruba ait olmasından kaynaklandığına, söz konusu grup üzerinde güncel bir şiddetin ortaya çıkmamış olmasının o anda polisin hazır bulunmasıyla ilişkili olabileceğine, söz konusu Hareket'in, askeri üniformalar giymek, askeri tarzda söylemler kullanmak ve yürüyüşler yapmak suretiyle, Macaristan'da Romanların toplu olarak yok edilmelerinden sorumlu olan rejimin belkemiğı Macar Nazi Hareketini (Arrow Cross) hatırlatan bir milis oluşumuna başvuracakları mesajını iletmeye elverişli eylemler gerçekleştirdiklerine değınmıştır. Bu kapsamda İHAM, ırk bakımından ayrımcı açıklamalar ve eylem çağırısı yapan nitelikte milis gösterileri esas alan dernek faaliyetlerinin, ırksal azınlık  yeleri üzerinde korkutucu etkisinin olacağıının kesin olduğ na kanaat getirmiştir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, söz konusu davada kullanılan ifadeler ve yapılan toplantı, Sözleşme'nin koruma kapsamını aşmakta ve “gerçek tehdit” oluřturmaktadır⁴⁵⁶.

Mahkeme'nin *F ber v. Macaristan* davasında “gerçek tehdit”in bulunmadığı kanaatine varması, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Virginia Black* davasında, her ha  yakma eyleminin başkalarını korkutma ve sindirme kastının aksi ispatlanıncaya kadar kanıtı olarak kabul edilemeyeceğı görüşünü göz önünde bulundurduğunu göstermektedir. Zira İHAM'nin söz konusu davada belirttiğı, başvuranın kullanılması ülke yasalarına göre yasaklanmayan ve aynı zamanda birden fazla anlam ifade eden bu bayrağı, kullanıldıkları yer ve zaman bakımından savaş suçlarının, insanlığa karşı suçların ve soykırımın övülmesi amacıyla değıl, MSZP gösterisinde ifade edilen görüşlere katılmadığı şeklindeki politik görüşünü açıklamak için kullandığı kabul edilmesi gerektiğı yönündeki görüşü, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Virginia Black* davasında belirttiğı, haçın salt korkutma ya da

⁴⁵⁶ **Vona v. Macaristan, Başvuru No: 35943/10, 09.07.2013**, hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 12.10.2015).

sindirme amacıyla değil, ideolojik/politik dayanışmanın bir göstergesi olarak da yakılabileceği görüşüyle örtüşmektedir.

Diğer yandan İHAM, başvuranın pasif davranışı, tehdit ya da taciz niteliğinde bir fiilinin bulunmaması ve sadece provakatif olduğu kabul edilen bir bayrağın taşınması ile MSZP gösterisine olan uzaklık ve kamu güvenliği ve kamu düzeni bakımından herhangi bir tehlikenin bulunmaması hususlarını göz önünde bulundurmak suretiyle, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Snyder v Phelps* davasında gösterdiği gerekçelere benzer bir yorum tarzı benimsemektedir. Zira, *Snyder v Phelps* davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi, Westboro kilisesi üyelerinin, cenaze törenini aksatmamış oldukları gibi cenaze töreni sırasında, cenazenin olduğu bölgeden yaklaşık 300 metre uzakta bulunmaları ve davacının protestocuların ne söylediğini duymadığı, dövizlere ne yazdığını görmediği ve hatta davacının olaya ilişkin detayları, haberler vasıtasıyla öğrendiği hususlarını dikkate almıştır. Bu nedenle Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre protestocuların, *Snyder*'ı korkutma ya da sindirme kastı değil, kamunun ilgisini çekme kastı bulunduğundan söz konusu olayın “*gerçek tehdit*” kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Mahkeme'nin *Vona v. Macaristan* davasında tam tersi bir sonuca ulaşmasının sebebi ise, söz konusu olayları ideolojik/politik düşüncenin bir göstergesi olarak görmemesi, davaya konu olan fiillerin belli bir etnik gruba karşı askeri üniformalar giymek, askeri tarzda söylemler kullanmak ve yürüyüşler yapmak suretiyle gösteriler yapılmasını, hedef gurubu korkutma/sindirme kastının olduğu şeklinde yorumlamasıdır.

cc. Değerlendirme

Buraya kadar yapılan açıklamalar kapsamında, kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiiller bakımından Amerikan Mahkemeleri'nin “*açık ve yakın tehlike*” (modern tahrik/Brandenburg teorisi) ile “*gerçek tehdit*” teorilerini geliştirdiklerini, İHAM'nin ise, “*şiddete tahrik*” ve “*nefrete tahrik*” ölçütlerini kullandıklarını tespit etmiş bulunuyoruz.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, modern tahrik teorisi, “*açık ve yakın tehlike*” teorisinin günümüze uyarlanan şekli olup, isminden de anlaşılabilirliği gibi, üçüncü kişilerin, şiddete tahrik edildiği davalarda uygulanan bir teori olup, açık ve yakın tehlike teorisinin ilk ortaya atıldığı şekilden çok daha sıkı şartlara bağlanarak uygulanmaktadır⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Modern tahrik (Brandenburg) teorisine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. s. 106 vd.

“Gerçek tehdit” teorisi ise, temelde, etnik, dini, ulusal, ırksal ya da diğer farklılıkları nedeniyle, tehdide/sindirilmeye maruz kalan kişi ya da toplulukları korumak amacıyla kullanılan bir teoridir. Söz konusu teori bakımından, üçüncü kişilerin, etnik, dini, ulusal, ırksal ya da diğer farklılıklara sahip bir kişi ya da topluluğa karşı şiddete tahrik edilmesi gerekmemekte ve bu anlamda somut olayda “açık ve yakın tehlikenin” araştırılması söz konusu olmamaktadır. Zira gerçek tehdidin tartışıldığı davalarda temel alınan husus, kullanılan ifadelerin, şiddet ortamının oluşması bakımından muhakkak bir yakınlık yaratıp yaratmadığı değil, tehdidin yöneldiği grup üzerinde yarattığı korkudur.

Ancak belirtmek gerekir ki, kin ve nefret söylemlerinin dava konusu olduğu birçok olayda, gerek şiddete tahrik ve gerek ise gerçek tehdit oluşturabilecek nitelikte ifadelerin iç içe geçmiş olabilmektedir. Bu nedenle, bu gibi davalarda temel tartışma, somut olaya hangi teorisinin uygulanacağı olmaktadır. Zira modern tahrik teorisinin uygulanması, düşüncüyü ifade özgürlüğünü korumak bakımından oldukça sıkı şartlara bağlanmışken, gerçek tehdit teorisi daha esnek bir yapıya sahiptir ve düşüncüyü ifade özgürlüğünü koruma alanı daha dardır. Bu nedenle, kin ve nefret temelli birçok davada sanıklar, kullandıkları ifadelerin politik bir yanının olduğunu iddia etmek suretiyle, modern tahrik teorisinin uygulanması gerektiği üzerinde durmuşlardır. Zira modern tahrik teorisinin uygulandığı davalara göz atıldığında, söz konusu teorisinin daha çok, doğrudan devlet, devlet politikaları ya da yöneticilerine yönelik fiillerin değerlendirilmesinde kullanıldığı görülmektedir. Bu anlamda, iki teori arasındaki bir diğer temel farkın, modern tahrik teorisinin politik nitelikteki düşünce ifadelerinin değerlendirilmesinde, gerçek tehdit teorisinin ise, politik bir yanı olmayan davalarda kullanılan bir teori olduğu ifade edilmektedir⁴⁵⁸.

İHAM’nin benimsediği “şiddete tahrik” ölçütü bu anlamda “açık ve yakın tehlike teorisi”nin kullanılma şekliyle paralellik arz etmektedir. Zira incelediğimiz davalar kapsamında şiddete tahrik ölçütünün, genel olarak politik ifade şekillerinin değerlendirilmesinde kullanıldığı görülmektedir. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, şiddete tahrik ölçütünün kapsam ve sınırları, açık ve yakın tehlike teorisi kadar net değildir.

İHAM, salt şiddete tahrik ölçütünü kullanmamaktadır. Zira Mahkeme, ayrımcı, dışlayıcı yahut ırkçı nitelikte belli ağırlıktaki ifade biçimlerini “nefrete tahrik” ölçütü

⁴⁵⁸ SEGALL, s. 191, GEY, s. 1325, VITIELLO, s. 9, 16.

kapsamında değerlendirmekte ve bu tür ifade biçimlerini, şiddete tahrik özelliğini haiz olmasa da Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korumaya layık görmemektedir. Diğer yandan Mahkeme, son yıllardaki bazı kararlarında “*gerçek tehdit teorisi*”ni kullanmak suretiyle, bazı halk kesimlerine karşı gerçekleştirilen fiillerin, 10. madde kapsamında korunmamasının gerekçesini, bu kesime karşı şiddete tahrikte bulunulmasıyla değil, tehdidin yöneldiği grup üzerinde yarattığı korku ile açıklamaktadır.

TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası bakımından ise, kanun koyucu, madde gerekçesinde, açık ve yakın tehlike teorisinin, salt politik ifade biçimlerini kapsamına aldığına dair bir açıklamada bulunmamıştır. Her ne kadar orijinal açık ve yakın tehlike teorisinin temelinde, politik ifade biçimleri yer alsa da halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından böyle bir ayrıma yer verilmemiştir. Bu nedenle, somut olayda kullanılan ifade, politik nitelikte olsun veya olmasın, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranacaktır. Eğer söz konusu ifade şekli, tahrik değil de tehdit niteliğinde ise, koşulları oluşmuşsa, TCK'nun 213. maddesinde yer alan “*Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit*” suçu oluşacaktır.

765 sayılı TCK döneminde, 07.01.1981 tarih ve 2370 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile yapılan değişikliğe kadar, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun cezalandırılması bakımından alenen tahrikin, “*umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda*” gerçekleştirilmesi aranmıştır. 1981 yılında yapılan değişiklik ile ise, suçun temel şeklinin cezalandırılması için alenen tahrik yeterli görülmüş, fakat alenen tahrikin “*umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda*” yapılması halinde cezanın artırılacağı hükmüne de ayrıca yer verilmiştir. Madde metninde, 06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile alenen tahrikin, “*kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde*” işlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bu kapsamda, “*kamu güvenliği*” kavramı, 765 sayılı Kanun döneminde, alenen tahrik fiilinin, “*umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda*” işlenmesi şartına bağlanarak, 2002 yılına dek ya suçun temel ya da nitelikli hali bakımından aranmıştır. Böylece, TCK'nun 216. maddesinden farklı olarak söz konusu düzenlemelerde, alenen tahrik fiilinin işlenmesinden sonra değil önce kamu güvenliğinin tehlikeye sokulması bakımından bir değerlendirme yapılması aranmıştır. Diğer yandan, 2002 yılında yapılan değişiklik ile alenen tahrik fiilinin, kamu güvenliği bakımından tehlike yaratması değil, kamu düzeni bakımından tehlikeli olabilecek şekilde işlenmesi hükmü getirilerek, cezai sorumluluk daha

da genişletilmiştir. Zira burada da failin cezalandırılması, tehlike ihtimaline bağlanmış, üstelik kapsamı daha belirsiz ve geniş olan “*kamu düzeni*” kavramı, suçun konusu olarak öngörülmüştür. Nihayet 2005 yılında 5237 sayılı TCK’nun yürürlüğe girmesiyle ise, 216. maddenin 1. fıkrasında “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” ifadesine yer verilmiştir.

Kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasından, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olarak ortaya çıkmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu anlamda, tahrik niteliğindeki fiiller, halkın bir kesimi üzerinde, kamu güvenliğini bozacak nitelikte fiillerin işleneceği yönünde haklı bir endişe uyandırmalı ve hâkim, somut olayda açık ve yakın bir tehlikenin varlığını, dayanak noktalarını göstermek suretiyle tespit etmelidir⁴⁵⁹.

“*Açık*” ve “*yakın*” tehlike teorisinde açık terimi, şüphenin, belirsizliğin olmadığı durumu, gerçekleşmesinden korkulan ciddi zararın gerçekleşeceği yönünde mantıklı gerekçelerin ya da kanıtların olması gerekliliğini, yakın tehlike kavramı ise, konuşmacının suç işlenmesini isteyen bir amaç gütmüş olması, tehlikenin büyüklüğü, tehlikenin mevcudiyeti, açıklığı ve neredeyse kaçınılmaz olması hâllerinin bir arada olması olarak ifade edilmiştir⁴⁶⁰. Açıklık, şüpheyi ya da kuruntulara yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada, tehlikenin yakınlığı ise, kullanılan kelimelerin zarar yaratma olasılığının kesine yakın olması olarak ifade edilmiştir. Burada olasılık kaçınılmazlık derecesinde yüksektir⁴⁶¹. Bu anlamda, tehlikenin yakınlığı, olayların doğal seyri içerisinde, eğer hemen önlem alınmazsa, zararın doğmasının kesin ya da çok yüksek düzeyde muhtemel olmasıdır⁴⁶². Bu nedenle, somut olayda, kullanılan ifadelerle şiddet tehlikesi arasındaki yakınlık, somut olgularla gösterilmelidir⁴⁶³.

Yargıtay’a göre, “*açıklık, tehlikenin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortada olmasını, yakınlık ise düşünce açıklamasında kullanılan kelimelerin somut tehlike yani zarar yaratma olasılığına yakın olmasını ifade eder. Tehlikenin açık ve yakın olup olmadığı mahkemeler tarafından saptanacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ifadenin*

⁴⁵⁹ YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, e-kitap, 2012, s. 17.

⁴⁶⁰ ANTİNEAU, s. 604, AKGÜL, Mehmet, Emin, İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması, AÜHFD, Yıl: 2012, Cilt:61, No:1, s. 17.

⁴⁶¹ ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 28, HEALY, s. 705.

⁴⁶² ANTİNEAU, s. 605, AYDIN, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013)

⁴⁶³ VITIELLO, s. 15.

*içeriğine, ifadenin açıklanmasındaki özene, yapıldığı bağlama, açıklamayı yapanın toplumdaki konumuna ve amacına, açıklamanın konusuna ya da hedef aldığı kişi veya gruba düşünce açıklamasının potansiyel etkisine, ifadeyi açıklayanın düşüncesini başka kavramlarla dile getirebilmesinin mümkün olup olmadığına, uygulanan yaptırımın oranlılığı ile potansiyel caydırıcı etkisine, yargısal korumanın etkililiğine, kısıtlanan düşüncede mahkemelerin ortaya koyduğu gerekçelere göre değerlendirme yapmaktadır.*⁴⁶⁴»

216. maddenin 1. fıkrası kapsamında zararın doğması tehlikesinin açık ve yakın olmasının aranmasının, somut tehlikenin, özel bir halini ifade ettiğini söylemek mümkündür. Zira burada, bir anlamda korunan hukuksal değere zarar verilmesi olasılığının artık tesadüflere kalmış olmasının yanında, acil olarak müdahale edilmesini gerektiren bir kriz ortamının ortaya çıkmış olması ve bu durumun, kamu güvenliği hukuksal değerinin ideal değerleri olan yaşam, vücut bütünlüğü, hürriyet, malvarlığı vb. değerler ile bu değerlerin güvenliğini sağlamaya yönelik organların işlevlerine karşı, ciddi ve endişe verici tehditler yaratması gerekmektedir⁴⁶⁵. Tahrik fiili neticesinde ortaya çıkma olasılığı olan zararın bir başka ifadeyle tehlikenin ciddi olmasından kasıt, tahrikin, devletin müdahale etmesini zorunlu kılan bir hukuki değere yönelmiş olması gerektiğidir. Bu anlamda örneğin, tahrik fiili, tahrikin yöneldiği kesimin yaşam hakkı üzerinde açık ve yakın bir tehlike yaratıyorsa, tehlikenin ciddi olduğunu ifade etmek mümkündür; zira böyle bir durumda devletin, insanların yaşam hakkını korumak bakımından tartışılmaz nitelikte bir görevi vardır. Aksi takdirde, yani tehlikenin ciddi olması gerekliliği kabul edilmezse, devletin en küçük bir olay üzerine, düşünceyi ifade özgürlüğünü kısıtlamakta menfaati olduğu gerekçesiyle karşılaşmak mümkündür⁴⁶⁶.

Bu anlamda, kolluk kuvvetlerinin basit müdahaleleri ile önlenmesi mümkün olan girişimlerin meydana gelmesi, kamuoyunda hararetli tartışmaların yaşanması, belirli kesimlerin sert açıklamalarda bulunarak tepki göstermeleri, düşüncelerin ifadesi ya da tartışılması suretiyle demokratik sürecin işlemesi yahut bu tartışmalardan kamunun rahatsız olması, öfkelenmesi, hoşlanmaması kamu güvenliği bakımından henüz açık ve

⁴⁶⁴ YCGK., 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, YCGK, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005, 8.CD, , 12.7.2007, 2007/5222 E., 2007/5583 K, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:10.09.2015).

⁴⁶⁵ AYDIN, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013), HEALY, s. 705.

⁴⁶⁶ HEALY, s. 719.

yakın bir tehlikenin doğmuş olduğu anlamına gelmez⁴⁶⁷. Tahrikin başarıya ulaşip ulaşmaması hususunun somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekir. Bu nedenle de somut olayda değerlendirilmesi gereken, tahrikte bulunanın, tahrikte bulunduğu topluluk üzerindeki etkisi, tahrik edilen topluluğun ve tahrikte bulunanın özellikleri, tahrik edilen topluluğun öfkelenip öfkelenmediği, tahrikin yapıldığı yer, tahrik edilen kesimin çok kısa bir süre içerisinde harekete geçip geçmeyeceği ve bu anlamda olayın demokratik usullerle, tarafların, birbirlerinin düşüncelerine karşı savlar üretmek/tartışmak suretiyle son bulup bulamayacağı ya da olay yerinde kolluk kuvvetlerinin bulunup bulunmadığı gibi hususlardır. Eğer, saldırının yapılması yönündeki tahrik fiilinin yöneldiği zaman dilimi belirsizse, tahrik edilen kesimin de tahrik neticesinde harekete geçtiğinin ya da geçeceğinin değerlendirilmesi zor olacak ve kullanılan ifadelerin spekülasyondan öte bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle, somut olayda suçun işlenmesi, kolluk kuvvetlerinin müdahalesini, kamuoyunda bu tahrik fiiline karşı geliştirilen fikri tartışmaların yapılmasını ya da tahrik edilen kesimin tahrik edildiği fiil hakkında doğru ya da yanlış muhakemesi yapmasını bekleyebilecek kadar zaman yoksa o zaman tahrik konusu fiilin/suçun “yakın” olduğunu ifade etmek mümkündür. Aksi takdirde, tahrik konusu fiil ile suçun işlenmesi arasındaki zaman aralığı genişledikçe, somut olayın koşullarının değerlendirilmesi de zorlaşacaktır⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ **AYDIN**, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013), **ANTİNEAU**, s. 606, 611, **HEALY**, s. 717, Alman hukukunda tehlikenin varlığını saptamaya ilişkin olarak, Federal Mahkeme'nin ve bazı mahkemelerin, zararın doğmasının doğmamasından daha muhtemel olması ölçütünün kullanıldığı bazı kararların eleştirildiği ancak fiilin cezalandırılabilmesi için açık ve yakın tehlikeyi şartını arayan TCK'nun 216. maddesi bakımından bu ölçütün kullanılabilirliğini savunan yazarlar vardır. **AYDIN**, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013),

Yargıtay da değerlendirdiği bir davada şu ifadelerle yer vermiştir: “...açık ve yakın tehlike bakımından 5237 sayılı TCY'nın 216. maddesinin gerekçesi nazara alındığında, gerek rapor nedeniyle gerekse basın açıklaması sonrasında ortaya çıkan somut bir tehlike de söz konusu değildir. Toplum kesimleri arasında oluşmuş ve ortaya çıkan bir infial, herhangi bir taşkınlık saptanmamış, kamu güvenliğini bozan herhangi bir somut olgu da meydana gelmemiştir. Okunan rapora karşı, kurulda görevli bazı kişilerden kaynaklanan ve raporu yırtma mahiyetinde şekillenen tepkileri ise farklı özelliklere sahip bir kesimin diğer bir kesim aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrikin ölçüsü ve tezahürü saymak da olanaklı değildir.” **YCGK**, 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008.,

765 sayılı TCK döneminde ise Yargıtay şu ifadelerle yer vermiştir: “... Tüm bu hukuksal tespit ve incelemeler karşısında samim seçtiği hedef kitle ve içerikle birlikte açıklamadaki özensizlik, aşağılayıcı üslup nazara alındığında yazının, halkın bir kesimini diğer kesime karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye açıkça tahrik ettiği ve bunu yaparken de şiddet içeren ifadeler kullandığı anlaşılmakla, genele yönelik ifadeler nedeniyle devletin müdahalesini bekleyen hedef kitlenin, düzene olan saygı ve bağlılığı nedeniyle karşı tepkisini göstermemesi veya göstermemesi hatta yasal yollara başvurmaması da yakın tarihimizdeki örnekler de hatırlandığında ortaya çıkan suçu kaldırmayacağından Yerel Mahkemenin mahkûmiyet kararı yerinde görülmele...” **YCGK**, 2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.3.2005, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 10.09.2015).

⁴⁶⁸ **HEALY**, s. 709, 716, 718, **VITIELLO**, s. 22, 23.

Tahrik fiili ile işlenme olasılığı olan suç arasındaki söz konusu zaman aralığı bakımından bazı yazarlar, maksimum birkaç günlük süreyi göz önünde bulundurmaktadır. Bu süreyi aşan zaman aralığının ise, suçun oluşma olasılığı bakımından spekülatif olduğunu ifade etmektedirler. **HEALY**, s. 716, 717, 718.

d. Kamu Güvenliği Açısından Açık ve Yakın Bir Tehlikenin Ortaya Çıkması Halinin Hukuki Niteliği

aa. Genel Açıklamalar

Kanun koyucunun “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” halini netice mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı olarak mı öngördüğü hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Zira her suçun bir neticesin olduğunu kabul eden görüşe göre, suçun konusu üzerinde bir tehlikeye sebebiyet vermenin de netice olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Bu kapsamda, bazı yazarlar, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu somut tehlike suçu olarak nitelendirmekle birlikte, fiilin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike meydana getirmesi halini objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirmektedir⁴⁶⁹. Suçun konusu üzerinde somut tehlike yaratılmasını netice olarak kabul eden bazı yazarlar ise, ortaya çıkan neticenin, işlenen fiilin sonucu olduğundan yola çıkarak, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” halini netice olarak değerlendirmektedir⁴⁷⁰.

Söz konusu iki yaklaşım arasındaki farka değinmek gerekir. Zira “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”nın netice olarak kabul edilmesi, bu ibarenin, suçun unsuru olduğu anlamına gelecek ve failin kastına dâhil olması gerekecektir. Böylece, failin kastına dâhil olmayan bir neticenin gerçekleşmesi halinde, suçun oluşması söz konusu olmayacak, failin lehine bir durum ortaya çıkacaktır. “*Kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”nın objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi halinde ise, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”, suçun unsuru olarak değerlendirilemeyecektir. Böylece, suçun tüm unsurları tamamlandıktan sonra ortaya çıkan ve failin cezalandırılması için bu şartın gerçekleşmesinin zorunlu olduğu ve şartın gerçekleşmesi bakımından failin kast ya da taksirinin araştırılmadığı “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartının gerçekleşmemesi failin cezalandırılmasını engelleyecektir. Bu nedenle madde metninde geçen bu ibarenin hukuki niteliğinin belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir.

⁴⁶⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 757, ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 213, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Cilt V, s. 6070.

⁴⁷⁰ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 252, ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75s. 200.

Suçun netice unsuruna ilişkin açıklamalara daha önceden yer vermiş olduğumuzdan, burada tekrarlamak istemiyoruz. Bu nedenle burada ilk önce objektif cezalandırılabilme şartlarına ilişkin genel açıklamalara ve sonrasında ise, TCK'nun 216/1. maddesine değinmek istiyoruz.

Bilindiği üzere, bir fiilin suç teşkil edebilmesi, bu fiilin suç tipine uygun, kast veya taksirle işlenebilen, hukuka aykırı bir fiil olmasına bağlıdır. İşlediği fiil dolayısıyla, failin kınanabilmesi anlamına gelen kusurluluk ise, suçun unsurları dışında yer alan ve faile, fiilin yüklenip yüklenemeyeceği hakkındaki yargıyı ifade eden bir kurumdur⁴⁷¹. Bu anlamda fiil, suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasından sonra ve kusurluğu etkileyen bir hal bulunmadığı sürece faile yüklenebilmektedir. Ancak istisnai bazı hallerde, kanun koyucu cezalandırılabilirlik bakımından başka şartlar da arayabilmekte, böylece tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur koşullarının yanı sıra, ancak bu şartların yerine gelmesi halinde bir cezaya gereksinim duyulduğunu ifade etmiş olmaktadır⁴⁷².

Şu halde denilebilir ki, kanun koyucu suç politikası, usul ekonomisi ve fiilin meydana getirdiği sosyal zararı dikkate almak suretiyle, failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi ve cezalandırılabilmesini objektif nitelikte bazı koşulların varlığına bağlayabilmekte ve bu koşullar gerçekleşmediği takdirde fail cezalandırılmamaktadır⁴⁷³. Bir başka ifadeyle, suç tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş olsa bile, failin cezalandırılması, onun elinde olmayan ya da meydana gelip gelmemesi şüpheli olan bir olayın varlığına bağlı olabilir. Bu tür hallerde, kanun koyucunun aradığı şart gerçekleşirse fail cezalandırılmakta aksi takdirde ise cezalandırılmamaktadır⁴⁷⁴.

Objektif cezalandırılabilme şartları olarak adlandırılan bu şartlar, suçun unsurları dışında yer alan ve fakat failin cezalandırılabilmesi için gerekli olan şartlar olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁵. Bu tip bir suç iştirak halinde işlenirse, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi sadece failin değil, suça iştirak eden diğer kişilerin de cezalandırılmasını engellemektedir⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 479 vd.

⁴⁷² İÇEL, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 210,

KANGAL, Zeynel T., Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, İÜHFM, Cilt 68, Sayı 1-2 2010, s. 151, 152.

⁴⁷³ ARTUK, Mehmet, Emin, ALŞAHİN, Mehmet, Emin, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, C.19, s. 18.

⁴⁷⁴ HAKERİ, s. 299.

⁴⁷⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 352.

⁴⁷⁶ ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 422,

Erem, "suçu cezalandırılabilme objektif şartı" terimi yerine "fiili (hareketi) cezalandırılabilme objektif şartı" demenin daha doğru olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, aslında cezalandırılması gereken "suç"un cezalandırılmasının, açık bir kanun

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun bir unsuru olmayıp, işlenen fiilin hukuka aykırılık özelliğini, haksızlığını ve suçun oluşmasını etkilemeyen nitelikte şartlardır. Şu halde, işlenen fiil suç teşkil etmesine, suç gerçekleşmesine rağmen, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmedikçe sanığa ceza verilmesi söz konusu olmamaktadır. Hâlbuki suçun unsurlarından birinin gerçekleşmemesi durumunda ya suçun hiç işlenmediği veya suça teşebbüsün söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁷. Dolayısıyla, bu gibi hallerde “suçsuz ceza olmaz” kuralının, “suçsuz ve şartsız ceza olmaz” şeklinde değiştirilmiş olduğu ifade edilmiştir⁴⁷⁸.

Objektif cezalandırılabilme şartları ile suçun unsurları arasındaki farka dikkat çekmek üzere ise, dört ölçüt belirlenmiştir.

1) Buna göre ilk ölçüt, cezalandırılabilme şartı gerçekleşmedikçe faile hiçbir şekilde ceza verilemeyeceği, unsurun gerçekleşmemesi halinde ise faile teşebbüsten dolayı ceza vermenin söz konusu olabileceğidir. Bir başka ifadeyle, cezalandırılabilme şartı içeren suçlara teşebbüs mümkün değildir⁴⁷⁹. Ancak bu ölçütün, mutlak şekilde kabul edilmediğini ve bazı yazarların, bu tip suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul ettiğini ifade etmek gerekmektedir. Zira bu yazarlara göre, bu şartlar haksızlık ve kusurluluk alanının dışında kalmaktadırlar. Bu nedenle, haksızlık alanının dışında kalan bir hususun, haksızlık alanıyla ilgili bir kurumun uygulanmasını engellemesi mümkün değildir⁴⁸⁰. Benzer bir diğer görüşe göre ise, cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulunu içeren bir suç teşebbüs aşamasında kalmışsa, bu koşul ortaya çıkmadığı sürece teşebbüsten dolayı faile ceza verilemez. Ancak bu koşul ortaya çıktığında teşebbüsten dolayı cezalandırma da mümkündür⁴⁸¹.

hükümü ile, “*taliki şart*” a bağlanması halinde, “*suç*” tan bahsedilmesi de bir çelişki yaratmayacaktır. **EREM, Faruk**, Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şartlı Suçlar), <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1970-27-03-04/AUHF-1970-27-03-04-Erem.pdf> (Erişim Tarihi: 27.11.2013), s. 9

⁴⁷⁷ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 573, **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.634.

⁴⁷⁸ **EREM/DANIŞMAN/ARTUK, EREM**, s. 289, Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şartlı Suçlar), s. 10,

Örneğin, gıyapta hakaret suçu bakımından, “*ihtilat*” unsuru, hileli iflas ve ya taksirli iflas suçunda “*iflasa karar verilmesi*”, mal veya hizmet satımından kaçınma suçunda, “*kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması*” ibareleri objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmektedir. **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.635, 636.

⁴⁷⁹ **DÖNMEZER/ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I., s.307, 308, **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 421, 422, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 625.

⁴⁸⁰ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 353, **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.638, **ÜZÜLMEZ/AKKAŞ**, s. 78, **İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, s.26.

⁴⁸¹ **İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, s. 30, **KANGAL**, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s. 163,

Bazı yazarlar, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçun, teşebbüs aşamasında kalması halinde cezada indirim yapılmasının mümkün olmamasını, TCK’nun 35. maddesinin, teşebbüsten dolayı cezanın belirlenmesi sırasında, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığının göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade ettiği, bu anlamda, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği hallerde suç tamamlanmamış olsa bile, TCK’nun 35. maddesinin 2. fıkrasına göre bir indirimin

Kanaatimizce, objektif cezalandırılabilme şartları ihtiva eden suçlar bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması yapılırken öncelikli olarak göz önünde bulundurulması gereken husus, suç tipinde belirlenen bu şartın ortaya çıkması ile failin işlediği fiil ile arasında bir nedensellik bağı olduğunun kabul edilmesi gerekliliği olmakla birlikte, failin cezalandırılmasının “*objektif*” nitelikli bir şarta, diğer bir ifadeyle, meydana gelip gelmemesi şüpheli ve failin kusuru dışında bırakılmış olan bir olayın gerçekleşmesine bağlanmış olduğudur. Dolayısıyla, işlenen fiilin, bu şartın oluşumundan tamamen bağımsız ve soyut olduğunu ifade etmek mümkün olmamakla birlikte, söz konusu şartın ortaya çıkıp çıkmaması, failin hâkimiyet alanı dışında bir şarta bağlı kılınmıştır.

Bu kapsamda, birinci ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç tüm unsurları ile gerçekleşmiş, buna karşılık objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz; ikinci ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, failin cezai sorumluluğu belirlenirken teşebbüs hükümlerinin dikkate alınması gerekir; üçüncü ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış, aynı zamanda objektif cezalandırılabilme şartı da gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz; dördüncü ihtimalde ise, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç hem tüm unsurları ile gerçekleşmiş, hem de objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, teşebbüs söz konusu olmaz ve fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılır⁴⁸².

2) İkinci ölçüt, bünyesinde objektif cezalandırılabilme şartları barındıran suçlarda, failin, bu şartın gerçekleşmesi bakımından kusuru olmasa da şart gerçekleştiğinde failin cezalandırılması söz konusuysa, suçun unsuru kabul edilen bir husus bakımından ise,

yapılmasının söz konusu olmadığı fikrine bağlamaktadır. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 305, **ÜZÜLMEZ/AKKAS**, s. 78.

Karşı görüşte bulunan yazarlar ise, TCK m. 35/2’de kullanılan “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre*” ibaresinin, hareketin konusu üzerinde meydana gelen zarar veya tehlikenin derecesini ifade ettiğini, dolayısıyla böyle bir değerlendirmenin haksızlık unsuru içerisinde yapılacağını, cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının ise, haksızlık unsurunun dışında bulunduğunu bu nedenle de teşebbüsten dolayı cezada indirim yapılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. **KANGAL**, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s. 163.

⁴⁸² **ARTUK/ALŞAHİN**, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, s.21

unsur gerçekleştiğinde failin kusurunun da aranacağıdır⁴⁸³. Dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartları içeren suçların subjektif bir yanı bulunmamaktadır; bu koşullar haksızlığın ve kusurun dışında kalan hallerdir. Bu nedenle taksirin veya kastın kapsamında yer alamazlar. Dolayısıyla da objektif niteliktedirler⁴⁸⁴. Bu anlamda, suç tipindeki hareket ya da netice veya hareket ve netice failin iradesi dâhilinde olmasına rağmen, objektif cezalandırılabilme şartları, failin iradesi dışında gerçekleşen şartlardır⁴⁸⁵. Özel hukukta şartın, kişi iradesine dayandığını söylemek mümkünken, şartlı suçlardaki şartın ise daima kanun kuralından geldiğini ifade etmek mümkündür⁴⁸⁶.

Günümüzde bu ölçütün de oldukça tartışmalı olduğunu ifade etmemiz gerekir. Zira objektif cezalandırılabilme şartlarının, bu günün ceza hukuku dogmatik şemasında olması gereken, hukuka aykırılık ile kusurun mümkün olduğu kadar birbirlerine uygun olması şartına uymadığı ve objektif ve failin kusuruna bağlı olmayan cezalandırılabilme şartlarının bu sistemi zaruri olarak bozduğu ifade edilmektedir. Şu halde, denilmektedir ki cezalandırabilmek için kusur bir başka ifadeyle isnat edebilme şarttır ve bu kusurun ispat edilmesi yerine karineler ile yetinilmesi mümkün değildir⁴⁸⁷.

Objektif cezalandırılabilme şartlarını, suç politikası kavramıyla temellendirip kusur ilkesiyle bağdaştıran yazarlar, objektif cezalandırılabilme şartlarının, haksızlık ile bir bağlantısı olmadığını ve objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeksizin cezaya layık bir haksızlık bulunduğunu fakat cezaya muhtaçlığın söz konusu olabilmesi için söz konusu şartın gerçekleşmiş olması gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁸⁸.

Buna karşılık, suç politikası kavramının, ceza hukukunun temel ilkelerine riayet edilmeyeceği anlamına gelmediği de ifade edilmiştir. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar kanun koyucuya seslenmekte ve yürürlükte bulunan ve şimdiye kadar görmezlikten gelinen objektif cezalandırılabilme şartlarının mümkün olduğunca ceza hukukundan ayıklanması gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁸⁹. Zira “*Kusursuz Ceza Olmaz*” ilkesi, failin kusurunun, cezanın ve haksızlık tipinin tümünü kapsamasını ve böylece failin tesadüfi durumlardan

⁴⁸³ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s.308.

⁴⁸⁴ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 637, KANGAL, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s. 157,

⁴⁸⁵ ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, s. 389, ARTUK/ALŞAHİN, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanlaşımı, s.21.

⁴⁸⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 290, EREM, Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şartlı Suçlar), s. 11.

⁴⁸⁷ TIEDEMANN, Klaus, Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu, (Çev.: Feridun YENİSEY), İUHFM 1975, c: XLI, s.305, İÇEL, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 210, 211.

⁴⁸⁸ ERSOY, s.12, ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 154.

⁴⁸⁹ ERSOY, s.218,219.

değil de kendisine isnat edilebilecek hususlardan ötürü cezalandırılmasını gerektirmektedir⁴⁹⁰. Diğer yandan, suç ve ceza politikası gerekçelerine dayanılarak, failin kast ya da taksirinin somut olayda araştırılmaması, cezalandırmaya ilişkin engelleri ortadan kaldırdığı gibi, tehlike suçlarının ceza hukukunda olabildiğince yer almasını sağlamakta ve hata kurumunun uygulanmasını askıya almaktadır⁴⁹¹. Zira objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, failin bu şarta ilişkin hatasından yararlanması söz konusu olmamaktadır⁴⁹².

Kimi yazarlar, objektif cezalandırılabilme şartlarını, kusur ilkesi ile ilişkisi bakımından, gerçek ve görünüşte objektif cezalandırılabilme şartları olarak ikiye ayrılmaktadır. “*Gerçek objektif cezalandırılabilme şartları*”, kurucu bir özellik taşımayıp, haksızlığın cezalandırılabilirliği bakımından sırf sınırlayıcı bir fonksiyon ifa eden şartlardır⁴⁹³. Buna göre, bu tür şartlar, failin cezalandırılmasının, “*karşılıklılık*” ve “*Türkiye’de bulunması*” şartına bağlanması gibi, kusur ilkesiyle ilişkilendirilemeyen, haksızlığın ve kusurun mevcudiyetine rağmen, kanun koyucunun belirli durumlarda bizzat fiille veya fiilin gerçekleşmesinden sonraki gelişmeyle ilişkili olarak düzenlediği ve suç politikası gereği ceza verme zorunluluğuyla gerekçelendirdiği, objektif koşul henüz gerçekleşmediği takdirde, cezalandırma gereksinimi duyulmaması sonucunu doğuran şartlardır⁴⁹⁴. Bu nedenle de cezalandırılabilirliği sınırlandıran şartlar olarak ortaya çıkarlar⁴⁹⁵.

“*Görünüşte objektif cezalandırılabilme şartları*” ise, haksızlığın cezalandırılabilirliği bakımından kurucu veya cezayı artırıcı bir karaktere sahip olan⁴⁹⁶, kusurluluk ilkesinin suç politikası nedeniyle sınırlandığı dolayısıyla kanun koyucunun kasta veya taksire bağlamayarak şeklen cezalandırılabilirlik koşulu durumuna getirdiği şartlardır⁴⁹⁷.

Cezanın gerekçesi ya da ağırlaştırıcı hali gibi ortaya çıkan gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibini sınırlandırdığı görüşü ortaya atılmıştır. Kusur İlkesi’nin dolanılmasını engellemek bakımından ise, söz konusu objektif

⁴⁹⁰ KUDLİCH, Hans (Koordinatör), Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar, (Çevirenler: TEPE, İlker, MERAKLI, Serkan, OĞLAKÇIOĞLU, Mustafa), CHD, Nisan 2012, Sayı:18, s. 266.

⁴⁹¹ KUDLİCH, s. 291.

⁴⁹² ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 421.

⁴⁹³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 354.

⁴⁹⁴ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 26, 27, İÇEL, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 211, KANGAL, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s. 158, ÜZÜLMEZ/AKKAŞ, s.81,82, ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, s. 389.

⁴⁹⁵ ÜZÜLMEZ/AKKAŞ, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s. 81.

⁴⁹⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 354.

⁴⁹⁷ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 26, 27.

cezalandırılabilme şartının gerçekleşeceği fail tarafından hesaba katılamamış ise, hâkimin cezanın tayini aşamasında cezayı asgari hadden tayin etmek suretiyle bunu telafi edebileceği ifade edilmiştir⁴⁹⁸.

Bazı yazarlara göre, objektif cezalandırılabilme şartları, “*kusura yabancı*” veya “*suç tipine ilave*” olup olmadıklarına göre bir ayrıma giderek değerlendirilmelidir. Eğer söz konusu şart, “*kusura yabancı*” nitelikteyse, burada suçun unsurlarına ilave olan ve haksızlık açısından önem arz etmeyen bir durum söz konusu olduğundan, bunların kusur prensibini ihlal etmedikleri açıkça söylenebilir. Fakat buna karşılık söz konusu şartlar “*suç tipine ilave*” olarak betimlenirse, o zaman bu şartlar haksızlık açısından önem arz etmeyen şartlar olarak nitelendirilemeyeceğinden, kusur prensibine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle de her bir şartın ayrı ayrı ele alınıp incelenmesinde yarar vardır⁴⁹⁹.

Diğer yandan bazı yazarlar, soyut tehlike suçlarını ve objektif cezalandırılabilme şartlarını ceza hukuku açısından kritik iki husus olarak nitelendirmektedir. Bu yazarlara göre, bu durumun aşılabilmesi, başka bir ifadeyle, insanlık onuru ile ceza hukukunun bütünleştirilebilmesi için güvenlik politikasına ilişkin yoğun kaygılardan uzaklaşılması gerekmektedir. Toplumun, normların korunmasındaki menfaatine ne kadar güçlü vurgu yapılırsa, failin özgürlük alanının objektif cezalandırılabilme şartları vasıtasıyla sınırlandırması da o kadar erken ve fazla olacaktır. Buna karşılık, failin özgürlük menfaatine ne kadar güçlü vurgu yapılırsa, objektif cezalandırılabilme şartları aleyhine bir tutum alınacaktır⁵⁰⁰. Şayet bir husus, haksızlık açısından kurucu önemde ise veya kusurla bağlantılı görülüyorsa o vakit kusur prensibinin koruması altına girmiş bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da, failin kastının söz konusu şartı kapsamaması gerekmektedir⁵⁰¹.

3) Üçüncü ölçüt, cezalandırılabilme şartını içeren suçların, şartın gerçekleştiği yer ve zamanda değil, unsurların gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiş sayılacağıdır⁵⁰².

4) Dördüncü ve son ölçüt ise, objektif cezalandırma şartını içeren suçların, unsurların gerçekleşmesiyle tamamlanacağından zamanaşımının da bu tarihten itibaren başlayacağıdır⁵⁰³.

⁴⁹⁸ ERSOY, s.222.

⁴⁹⁹ ERSOY, s.214.

⁵⁰⁰ ERSOY, s.227, 228.

⁵⁰¹ ERSOY, s.244.

⁵⁰² DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s.308, ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul, s. 422.

⁵⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s.308, ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 422.

Zira TCK'nun 66. maddesine göre, dava zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacağından, objektif cezalandırma şartlarının, dava zamanaşımı sürelerinin işlemesi bakımından bir etkisi yoktur⁵⁰⁴. Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçların tamamlanmış sayılabilmesi için bu şartların gerçekleşmesi gerekliliğinden hareketle, dava zamanaşımı süresinin, maddi unsurların yanı sıra bu şartın gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlaması gerektiğini savunan görüşler de vardır⁵⁰⁵.

Yukarıda açıklanan tüm ölçütlere rağmen, objektif cezalandırılabilme şartının hangi suçlarda bulunduğunu ve özellikle suçun unsurundan nasıl ayırt edileceğini kesin bir şekilde tespit etmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, gerek 765 ve gerek ise 5237 sayılı TCK'da düzenleme alanı bulmayan ve şekillendirilmesi doktrine bırakılmış olan objektif cezalandırılabilme şartlarına, TCK'nun genel hükümler kısmında yer verilmemesi eleştiri konusu olmaktadır⁵⁰⁶.

Bu itibarla kanun koyucunun, bir hususu objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlerken, bu hususun bir objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu belirtmesi ya da bu ifadeyi bir yorum hükmüyle açıklaması⁵⁰⁷ ya da madde gerekçesinde belirtilmesi gerektiği⁵⁰⁸ ifade edilmektedir. Bunun yanında, madde metninde kullanılan ifadenin unsur mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu konusunda tereddüt varsa, failin lehine hareket etmek ve bu ifadenin suçun unsuru olduğunu kabul etmenin gerekeceği de belirtilmektedir⁵⁰⁹. Diğer yandan, ispat hukukuna ilişkin güçlüklerin aşılması ve bu anlamda usul ekonomisi bakımından olumlu karşılanabilir gibi görünen objektif

⁵⁰⁴ ÜZÜLMEZ/AKKAŞ, s. 80

⁵⁰⁵ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.638,

Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır.

"Hileli iflas suçunda suçun objektif cezalandırılabilme koşulu ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesi olup suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesinleşme tarihi olduğundan; olayda, 765 Sayılı TCK.nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen dava zamanaşımının, gerçekleşmediği gözetilmeden suç tarihinin iflas davasının açıldığı 12.10.1999 günü olduğu kabul edilerek kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi..." Yarg. 11. C.D., 2008/352 E., 2008/1731 K., 25.03.2008.

⁵⁰⁶ TOROSLU, Nevzat: "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", Uğur ALACAKAPTAN'a Armağan, c: 1, İstanbul, 2008, s. 705,

2001 TCK Tasarısının 21. maddesinin 3. fıkrasında, *"Kanunun, failin cezalandırılmasını bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tuttuğu suçlarda, bu koşul istenmemiş olsa da fail cezalandırılır"* ifadesine yer verilmiş, ancak söz konusu hüküm 5237 sayılı TCK'nda yer almamıştır.

⁵⁰⁷ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s.306.

⁵⁰⁸ ARTUK/ALŞAHİN, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, s.21.

⁵⁰⁹ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s.306.

cezalandırılabilme şartları, ceza hukukunun “*ultima ratio*” fonksiyonu da göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmelidir⁵¹⁰.

bb. Değerlendirme

Kanaatimizce, bir suçta objektif cezalandırılabilme şartının bulunup bulunmadığı hususunda bir değerlendirme yaparken, meydana gelen neticeyi fail istememiş olsa bile bu neticeden sorumlu tutulması ölçütünün göz önünde bulundurulması gerekir. Bu anlamda örneğin, intihara yönlendirme suçunda, intihara yönlendirilen kimsenin ölmesi, onu intihara teşvik eden veya intiharına yardım eden kimsenin istediği, öngördüğü bir neticedir; bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartı değil, suçun unsurudur. Aynı şekilde taksirle öldürme suçunda meydana gelen ölüm neticesi, failin kusurlu bir hareketi neticesinde olmuştur; o halde unsurdur.

Şu halde biz, objektif cezalandırılabilme şartlarını “*Kusur İlkesi*” bağlamında değerlendirirken, bu şartların suçun unsurları ve haksızlığın dışında bir yere sahip olduğu ve yapıları gereği objektif nitelikte bulundukları gerekçesiyle, failin kast ya da taksirinin kapsamı dışında olduklarını kabul etmekle birlikte, bir ibarenin “*şart*” mı yoksa “*unsur*” mu olduğunun tespit edilmesi gerektiği hallerde, bu ibarenin failin fiiliyle ve iradesiyle ilişkisine bakılarak çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Söz konusu şartların, haksızlık üzerinde etkili olan yahut olmayan şeklinde ayrılmasını ve “*haksızlık üzerinde etkili*” olarak nitelendirilen objektif cezalandırılabilme şartlarının, “*suç tipine ilave*” nitelikte olmalarından kaynaklı olarak, bunlar için failin en azından taksirinin araştırılması gerektiği düşüncesinin ise, kurumun “*objektifliği*” ile uyuşmadığı kanaatindeyiz. Zira eğer suç tipindeki bir ibare, haksızlık bakımından etkili nitelikteyse ve bunun için failin kast ya da taksirinin aranması gerekiyorsa, o ibare objektif cezalandırılabilme şartı değil, suçun unsurudur.

Bu açıklamalar ışığında TCK’nun 216. maddesi bağlamında bir değerlendirme yaptığımızda, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” halinin, suçun bir unsuru olan netice olarak değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak öngörüldüğünü ifade etmek mümkündür. Zira burada, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartı, fiilin suç teşkil edebilmesi için değil,

⁵¹⁰ KUDLICH, s. 292

cezalandırılabilmesi için oluşturulmuş bir şarttır. Bir başka ifadeyle, madde kapsamındaki “*alenen tahrik*” fiilinin işlenmekle birlikte, ceza hukukunun ilgi alanına giren bir fiil ika edilmiş olmakta ancak söz konusu fiil tek başına cezalandırmaya muhtaç olmamaktadır. Kanun koyucu burada, suç teşkil eden fiilin cezalandırılması hususunda tereddüde düşmekte⁵¹¹ ve bu nedenle suçun oluşmasından sonra cezalandırılmasını bir şarta bağlamaktadır. Bu anlamda burada, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşması, üçüncü kişilerin harekete geçip geçmemek konusundaki iradesine bağlı olmaktadır. Fail, her ne kadar tahrik fiilini bu kasıtlı gerçekleştirmiş yahut bu hususu öngörmüş olsa da halk kesimlerinin iradesi üzerindeki etkisi sınırlıdır ve bu nedenle, söz konusu objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi bakımından kusurunun araştırılıp araştırılmaması önemsizdir.

Değinilmesi gereken son husus, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin*” failin fiili neticesinde ortaya çıkmış olması ve bu anlamda, somut olayda ortaya bir tehlikenin çıkıp çıkmadığının olay sonrası yapılacak bir değerlendirmeye tespit edilmesi gerektiği hususudur. Zira 216. maddenin 1. fıkrasında, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi fiilinin işlenmesiyle, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin*” ortaya çıkması arasında bir nedensellik bağı kurulmakta ve bu tehlikenin ortaya çıkması, evleviyetle failin fiilini işlemesinden sonraki bir aşamada yapılması gereken objektif bir değerlendirilmeye bağlı olmaktadır.

765 sayılı TCK döneminde ise, olay öncesi bir değerlendirilmeye yer verildiğini ifade etmek mümkündür. Zira eski hüküm, cemiyetin muhtelif sınıflarının kin ve adavete tahrikinin cezalandırılmasını, bu fiilin umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmiş olmasına bağlı kılmıştır. Böylece, failin cezalandırılması, bu fiilin işlenmesinden sonra kamu güvenliğini açısından ortaya çıkabilecek bir tehlikeye bağlanmamıştır. Kanun koyucu burada, tahrik fiilinin, kamu güvenliğini tehlikeye düşürebilecek nitelikte olup olmadığının araştırılmasını aramıştır. Bu nedenle burada, alenen tahrik fiilinin işlenmesinden sonra, hâkime kamu güvenliği bakımından bir tehlikenin ortaya çıktığını gösteren kanıtların araştırılması sorumluluğunu yükleyen, objektif bir değerlendirme yapmaya elverişli bir yazım dili kullanılmamıştır. Aksine, “*umumun emniyetini tehlikeye*

⁵¹¹ KUNTER, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s. 209.

düşürecek tarzda” ibaresi, bu tehlikenin meydana gelebilme ihtimalinin araştırılmasını gerektirmek suretiyle, sübjektif değerlendirmelere oldukça açıktır.

6. Nitelikli Unsur

a. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi

5237 sayılı Kanun’un 218. maddesi, “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” bakımından ortak bir nitelikli hali düzenlemiş ve madde metninde, “*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır.*” ifadesine yer verilmiştir.

765 sayılı TCK döneminde de halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, Kanun’un 311. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlenmesi halinde, cezanın artırılacağı kabul edilmek suretiyle paralel bir yaklaşımın kabul edildiğini ifade etmek mümkündür. Zira suç işlemeye tahriki düzenleyen 311. maddenin 2. fıkrasına göre tahrikin, “*her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle*” işlenmesi, cezayı artıran bir sebep olarak düzenlenmiştir⁵¹².

Bu anlamda her iki Kanun bakımından, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli bir hal olarak öngörülmüş olmakla birlikte, 5237 sayılı Kanun’da, 765 sayılı Kanun’dan farklı olarak, ayrıntılı bir tanıma yer verilmemiş, suçun “*basın ve yayın yoluyla*” işlenmesinden bahsedilmiştir. “*Basın ve yayın yoluyla*” deyimini ise, TCK’nun 6. maddesinde, “*her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*” olarak tanımlanmıştır. Böylece, gerek 765 sayılı ve gerek ise 5237 sayılı Kanun bakımından, suçun “*kitle iletişim aracıyla*” işlenmesi öngörülmüş olduğundan, her iki

⁵¹² Doktrinde, 1981 yılında ve 2370 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 765 sayılı Kanun’un 311. eklenen kitle haberleşme araçları deyiminin, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilanları da kapsadığı, bu nedenle fıkra metninde kitle iletişim araçları ibaresine yer verdikten sonra diğerlerinin ayrıca zikredilmesinin gerekli olmadığı yönünde görüşler bildirilmiştir. **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 313., Diğer yandan, söz konusu nitelikli hal, 765 sayılı Kanun’un 311. maddesinin 2. fıkrasına ilk defa 1953 tarihinde yapılan değişiklikle eklenmiş ancak söz konusu hükümde tahrikin, “*gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle*” yapılması halinde cezanın artırılacağı ifade edilmiştir. Bu anlamda suçun “*her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film*” yoluyla işlenmesi, düzenlemenin ilk halinde bulunmadığından, tahrik vasıtasının resim, radyo, sinema veya televizyon filmi, plak ve ses kaydı olması durumunda, söz konusu nitelikli halin uygulanamayacağı hususunda eleştiriler ileri sürülmüştür. **BAYRAKTAR**, s. 194-198.

Kanun bakımından da suçun nitelikli halinde bir değişikliğin olduğunu söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan, “*basın ve yayın yoluyla*” kavramı, Basın Kanunu kapsamında değerlendirilecek olursa, bu kavramın her kitle iletişim aracını kapsamadığı ortaya çıkacaktır. Bu anlamda TCK’nun 6. maddesinde tanımı yapılan “*basın ve yayın yoluyla*” ifadesinin, basılmış eserler yoluyla işlenen suçlardan daha geniş bir tanımı kapsadığını ifade etmek mümkündür. Zira basın ve yayın yoluyla işlenen suç kavramı, genel olarak basın suçları kapsamında değerlendirilegelen bir kavram olup, basın suçları, basın suçu ve basın yoluyla işlenen suç olarak incelenmektedir⁵¹³.

Bu ayrım kapsamında, sadece basın yoluyla işlenen suçlara, basın suçları denir⁵¹⁴. Bir başka ifadeyle, örneğin 5187 sayılı Basın Kanun’un 21. maddesinin c bendinde belirtildiği üzere, onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapılmasında olduğu gibi sadece basın araç olarak kullanıldığında oluşan suçlar, basın suçu olarak nitelendirilmiştir⁵¹⁵. Bu tür basın suçlarının özelliği, yalnız basını araç olarak kabul etmeleri ve başka bir şekilde gerçekleşecek aleniyetin bunlar bakımından yeterli olmamasıdır⁵¹⁶. Basın yoluyla işlenen suç ise, başka yolla işlenmesi de mümkün olan bir suçun, basın aracılığıyla işlenmesidir. Örneğin, özel hayatın gizliliğini ihlal etmek suçtur. (TCK m. 134) Bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, cezanın ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. (TCK m. 134/2) Dolayısıyla, burada başka şekilde işlenmesi mümkün olan suçun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi, suçu nitelikli hale dönüştürmekte ve basın yoluyla işlenen suç söz konusu olmaktadır.

Basın suçu olarak nitelendirilen bu iki tür basın suçunun ortak unsurlarının, basılmış eser unsuru ve yayın unsuru olduğunu ifade etmek mümkündür. Bu anlamda aslında basın suçu şeklinde ifade edilen suçlar kural olarak, basılmış eser yoluyla işlenen suçları ifade etmektedir⁵¹⁷. Nitekim 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 1. maddesine göre “*Bu Kanun basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsar.*” Aynı Kanun’un 2. maddesine göre ise basılmış eser, “*Yayınlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan*

⁵¹³ ÖZEK, Çetin, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1972, s. 10-12,

⁵¹⁴ İÇEL, Kayıhan, Kitle İletişim Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015, s. 270.

⁵¹⁵ ÖZEK, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, s. 11.

⁵¹⁶ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 270.

⁵¹⁷ ÖZEK, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, 14.

veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını” ifade eder⁵¹⁸.

Basılmış eserler, süreli ve süresiz nitelik taşıyabilir. Nitekim yine Kanun’un 2. maddesine göre süreli yayın, belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını ifade etmekteyken, süresiz yayın, belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri ifade etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, basılmış eser bir başka ifadeyle basın yoluyla bir suçun işlenmesinin söz konusu olabilmesi için, ayrıca bu basılmış eserin yayımlanması da gerekmektedir. Zira 5187 sayılı Kanun’un 11. maddesine göre, “*Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.*”

Bu anlamda, basın suçları kapsamında yapılan basın suçu ve basın yoluyla işlenen suç ayrımı, suçun işlendiği vasıtanın basılı eser olması halinde kabul edilmiş bir ayırımdır. Bir başka ifadeyle, basın ve yayın yoluyla işlenen suçlar, salt Basın Kanunu kapsamında işlenen suçlar olarak değerlendirilecek olursa, basın ve yayın yoluyla işlenen bir suçun var olduğunu kabul etmek için, suçun ancak basılı eser yoluyla işlenmesi gerekecektir. Oysa TCK’nun 6. maddesine göre, basın ve yayın yolu ile deyiminden, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılmaktadır⁵¹⁹. Gerek 5680 ve gerek ise 5187 sayılı Basın Kanunları ise, görsel ya da işitsel yayınlar yoluyla işlenen suçlar bakımından bir düzenleme getirmemiştir. Söz konusu Kanunlarda, “*basın*” ve “*yayın*” terimleri, dar anlamda ve salt yazı, resim ve benzeri eserleri ifade etmek maksadıyla kullanılmıştır. Bu anlamda, suçun, salt 5187 sayılı Basın Kanunu kapsamında

⁵¹⁸ Bir yapıtın, Basın Kanunu kapsamında bir basılmış eser sayılabilmesi için objektif ve subjektif koşulların sağlanmış olması gerekir. Objektif koşullar, basılmış eserin düşünsel içeriği, basılmış eserin maddi varlığı ve bu eserin çoğaltılmasıdır. Subjektif koşul ise, basımın ve çoğaltmanın “*yayımlanmak üzere*” yapılmasıdır. Bir başka ifadeyle, basımın ve çoğaltmanın amacı, yayımlamak olmalıdır. Düşünsel içerik koşulu ile ilgili olarak, “*yazılar, resimler ve benzeri eserler*” deyimini bakımından, maddi değeri ya da ticari/ekonomik niteliği, düşünsel içeriğine ağır basan üstü resimli veya yazılı tabaklar, bardaklar, sigara tablaları, sigaralıklar, oyun kartları, ziynet eşyası, mezar taşları basılmış eser sayılmazlar. İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 140-143.

⁵¹⁹ Kitle iletişimi kısaca enformasyon, düşünce ve tutumların geniş bir kitleye teknik aygıtlarla iletilmesi sürecidir. Dergi, gazete, kitap gibi yazılı basın araçları ve işitsel bir araç olan radyo ve sinema, televizyon, internet, video filmleri gibi görüntülü ve sesli araçların, kitle iletişim araçları kapsamında olduğunu ifade etmek mümkündür. DİLBER, Fadime, Kitle İletişim Araçları ve Suç Olgusu, KMÜ Sosyal ve Ekonomiik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı I): 60-66, 2014, s. 61, Kitle haberleşme araçları, geniş kitlelerin haberleşmesini sağlayan her türlü vasıtalar olup, bunların ortak özelliği, haberleri, düşünceleri veya duyguları, yazı, resim ya da ses olarak çoğaltmak suretiyle anonim nitelikteki kitlelere ulaştıran teknik araç durumunda bulunmalarıdır. GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrir Cürmü (TCK m.312/2), s. 312, İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 43-44,

Kitle haberleşme araçları, çoğaltma tekniği yönünden üç kısma ayrılırlar. Film, radyo ve televizyon gibi sadece ses ve görüntü ile yayın yapan haberleşme araçları, nitelikleri gereği kiteseldirler ve belirli cisimleri yoktur. Buna karşılık, gazeteler, dergiler, plaklar, ses ve video bantları ile diskleri, belirli bir cisimleri olan ve sayısal çoğaltmayı gerçekleştiren kitle haberleşme araçlarıdır. İnternet ile iletişimde ise, diğer iki grubun tüm özellikleri bir arada bulunmakta olup, bu tür iletişimde ses, yazı ve görüntünün yanı sıra her yayını yazıcı ile sayısal olarak çoğaltma olanağı da vardır. , İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 44.

basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde, cezayı artıran nitelikli halin ortaya çıktığı şeklinde dar bir yorumun yapılması mümkün değildir.

Bu bilgiler ışığında, 5237 sayılı Kanun'un basın ve yayın ifadesini oldukça geniş tuttuğunu ve buradaki kapsamın 5187 sayılı Basın Kanunu'nun uygulama alanını aşacak genişlikte olduğunu ifade etmek mümkündür⁵²⁰.

Kanun koyucunun, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesinden, televizyon, radyo, internet⁵²¹, gazete⁵²², dergi, kitap⁵²³, el ilanı gibi her türlü kitle iletişim aracılığıyla suçun işlenmesini anladığını ifade eden görüşler vardır. Bu yazarlara göre önemli olan husus, aracın telefon, mektup, faks, e-mail gibi bireysel iletişim aracı değil, kitle iletişim aracı olmasıdır⁵²⁴. Diğer yandan bazı yazarlar, eğer suç teşkil eden tahrik konusu ifadelerin onlarca ya da yüzlerce kişi gibi geniş kitlelere yayılması kastıyla telefon mesajı yahut emaille gönderilmesi söz konusuysa, suçun oluşacağını kabul etmektedirler⁵²⁵.

Diğer yandan burada dikkat edilmesi gereken husus, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşması bakımından aleniyetin suçun unsuru olması ve neredeyse suçun tüm işlenme şekillerinin nitelikli bir hal oluşturması ihtimalidir. Zira hâlihazırdaki düzenleme biçimiyle kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiillerin, internet, radyo, televizyon yahut yazılı basın yoluyla işlenmesi halleri dışında afiş, pankart, döviz açmak, ses bandı ya da CD, VCD ya da DVD çoğaltmak suretiyle kamuya sunmak, düşünsel içeriği ekonomik

⁵²⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6208, 6209.

⁵²¹ Yarg. 12. C.D., 2015/14745 E., 2015/19517 K., 23.12.2015, Yarg. 12. C.D., 2014/10349 E., 2014/26257 K., 22.12.2014, Yarg. 23. C.D., 2015/3396 E., 2015/6021 K., 03.11.2015, Yarg. 12. C.D., 2015/2310 E., 2015/15365 K., 14.10.2015, Yarg. 12. C.D., 2015/2 E., 2015/9357 K., 01.06.2015, Yarg. 12. C.D., 2014/9717 E., 2014/26258 K., 22.12.2014, Yarg. 8. C.D., 2014/35434 E., 2015/22535 K., 12.10.2015, Yarg. 12. C.D., 2014/1263 E., 2014/21630 K., 03.11.2014,

⁵²² Yarg. 12. C.D., 2015/2164 E., 2015/15334 K., 14.10.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016)

⁵²³ YCGK, 2011/9-18 E., 2011/27 K., 29.03.2011, Yarg. 9. C.D., 1996/6019 E., 1997/1260 K., 04.03.1997, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016)

⁵²⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6208,

“...bu araçlar yoluyla işlenen suçun genele açık olması diğer bir deyişle kitle iletişimine açık olması gerekmektedir. İnceleme konusu somut olayda; sanık hakkında T.. isimli sosyal paylaşım sitesinde oluşturulan ve genele açık olan bir hesap kullanılmak suretiyle hakaret suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açılmıştır. T.. isimli sosyal paylaşım sitesinin kitle iletişim aracı olması, suça konu mesajların herkese açık oluşu ve suç tarihinin 31.12.2011 tarihinden önce olması gözetildiğinde, sanık hakkında 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesi gerekirken, kovuşturmaya devamla mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırıdır.” Yarg. 4. C.D., 2014/4354 E., 2015/1206 K., 15.01.2015,

“Suça konu yazıların içeriği incelendiğinde tarafların özel hayatını ilgilendiren sövme ve tehdit niteliğinde sözler olduğu, başka bir deyişle sosyal veya siyasal sorunlarla ilgili güncel veya devam eden kamusal tartışmalara katkı niteliğinde fikir açıklamaları olmadığı, ayrıca mesajların genele açık olarak değil, herkesin ulaşamayacağı kişisel hesaba gönderilmesi sebebiyle kitle iletişimine uygun olmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, suça konu sözlerin kitle iletişimine açık olarak değil, kişisel hesaba mesaj olarak gönderilmiş olması ayrıca düşünce açıklaması şeklinde de icra edilmemesi karşısında, 6352 Sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı belirlendiğinden, kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmiştir.” Yarg. 4. C.D., 2014/47934 E., 2015/27191 K., 16.04.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

⁵²⁵ SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 1530, JOECKS/MIEBACH, s. 657, 658.

içeriğine ağır basan bir eşyayı satışa arz etmek yahut sergi açmak vs. yoluyla işlenmesi halinde de basın ve yayın yoluyla işlendiği kabul edilebilecektir. Zira TCK'nun 6. maddesi kapsamında, suçun nitelikli halini, suç teşkil eden fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesinin oluşturduğu hallerde kanun koyucunun aradığı husus, bu nitelikteki fiillerin yayını bir başka ifadeyle kamuya sunulmasıdır⁵²⁶.

Kanaatimizce, bu görüşün benimsenmesi halinde, suçun oluşması için gereken “aleniyet” unsurunun, suçun neredeyse tüm işleniş şekilleri bakımından nitelikli bir hal oluşturması nedeniyle, aleniyetin gerçekleştiği her olayda cezanın peşinen artırılmasının kabulü gerekecektir. Zira bu halde, kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiillerin, internet, radyo, televizyon yahut kitap, dergi, gazete yoluyla işlenmesi halleri dışında afiş, pankart yahut döviz açmak, el ilanı dağıtmak yoluyla işlenmesi halinde de basın ve yayın yoluyla işlendiği kabul edilebilecektir. TCK'nun 6. maddesi kapsamında, özellikle çoğaltılma özellikleri ortaya çıkan afiş, pankart, döviz, el ilanı yahut CD, DVD, VCD gibi araçlarla kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiillerin işlenmesi halinde de bu nitelikteki fiillerin yayılması bir başka ifadeyle kamuya sunulması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle tahrik fiilinin bahsettiğimiz araçlarla işlenmesi halinde de suç, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracı kapsamında yorumlanabilecek araçlarla işlenmiş olacağından, cezanın artırılması mümkün olabilecektir. Temel sorun TCK'nun 6. maddesinin düzenleniş şeklinden kaynaklanmakla birlikte, inceleme konumuz bakımından biz, TCK'nun 218. maddesinin değiştirilmesi gerektiğini veya en azından eğer somut olayda suçun işleniş biçimi bakımından, TCK'nun 216. maddesinde suç olarak belirlenen fiillerin yayılmasındaki kolaylık, yayılan içerikteki süreklilik ve bu anlamda suçun çok daha etkili bir şekilde işlenmesi bakımından verilecek cezada bir farklılık yaratılmak isteniyorsa, bunun TCK'nun 61. maddesi kapsamında ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Zira internet, radyo, televizyon, sinema, gazete, dergi yahut kitap gibi geniş kitlelere ulaşmayı sağlayan kitle iletişim araçları dışındaki suçun işlenme şekillerinin, aleniyet unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli ve fakat nitelikli unsurun gerçekleşmesini sağlayacak elverişlilikte bir aleniyete ulaşmamasının, kanun koyucu tarafından belirsizliği önleyecek ve ceza adaletini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü

⁵²⁶ 5680 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında ise yayın (neşir), basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı olarak kabul edilmiştir.

halihazırdaki düzenleme, TCK'nun 6. maddesi de göz önünde bulundurulduğunda, suçun unsuru olan aleniyetle, nitelikli unsurun oluşması bakımından gerçekleşen aleniyet arasında bir farklılık gözetmemektedir.

Bir diğer husus, failin tahrik fiilini işlemesinin ardından, bu ifade ya da görüntülerin, basın mensupları tarafından yayınlanması halinde, nitelikli halin uygulanmasının mümkün olmadığıdır. Zira bu olasılıkta suç, basın ve yayın yoluyla işlenmemiştir; failin kastı bu yönde değildir. Buna mukabil, suçun alenen işlenmesinin ardından yapılan açıklamaların basın ve yayın organlarına gönderilmesi ve yayınlanması olasılığında, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin uygulanması söz konusu olabilecektir⁵²⁷.

Diğer yandan facebook, twitter gibi sosyal medya aracılığı ile işlenen tahrik ve aşağılama fiilleri bakımından da TCK'nun 218. maddesinin uygulama alanı olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Ancak bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, fail tarafından burada paylaşılanların gizli ve herkes tarafından görülemiyor ya da okunamıyor olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, bu olasılıkta aleniyetin gerçekleşmesi için, failin paylaştıklarının sadece arkadaşları tarafından değil, herkes tarafından görülebiliyor olması gerekmektedir⁵²⁸.

Son olarak, 5187 sayılı Kanun'un "El koyma, dağıtım ve satış yasağı" başlıklı 25. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir."*

765 sayılı TCK'nun 312. maddesinin 2. fıkrası, 5237 sayılı TCK'nun 216. maddesinin 1 fıkrasında yer alan, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunun karşılığı olduğundan, suçun basılmış eser yoluyla işlendiği hallerde, 5187 sayılı Kanun kapsamında el koyma kararı verilebilecektir. Zira 5252 sayılı Kanun 3 maddesine göre,

⁵²⁷ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 1001.

⁵²⁸ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 1002.

“(1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.

(2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır”.

Bu kapsamda Basın Kanunu’nun 25/2. maddesinin sadece halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçu bakımından uygulanabileceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira halkın bir kesimini alenen aşağılama ve dini değerleri alenen aşağılama suçları, 25. maddenin 2. fıkrasında sayılmayan suçlardandır. Bu kapsamda, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, bahsi geçen suçlar nedeniyle basılmış eserin tümüne elkonulması mümkün değildir.

B. Manevi Unsur

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu “*kasten*” işlenebilen bir suçtur. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olup, türleri bakımından, genel kast-özel kast, doğrudan kast-olası kast, ani kast-tasarlama kastı, weber kastı ve seçimlik kast vs. olmak üzere çeşitli tasniflere tabi tutulabilmektedir⁵²⁹. Bu ayrım içerisinde bizim, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından özellikle üzerinde durmak istediğimiz tasnif türü genel kast-özel kasttır. Zira kanaatimizce, suçun yapısı ve düzenleniş şekli, bu tasnif bakımından bir takım özellikler arz etmektedir.

Bilindiği üzere, her failin suçu işlerken bir maksadı bulunmaktadır. Zira suç yoluna giren fail, iradesinin yöneldiği fiili işlemekle aynı zamanda yine iradesinin yöneldiği, bir başka ifadeyle bildiği ve istediği bir neticeye ulaşmak istemektedir. İşte failin ulaşmak istediği bu netice ceza hukuku terminolojisinde “*maksat*” olarak isimlendirilmektedir. Fakat bazen fail, bu neticenin ötesinde kalan bir yararı da elde etmek isteyebilir. Bu ise, “*amaç (gaye)*” olarak adlandırılır ve bazen bu amaç, saikle birleşebilir yahut ondan farklı da olabilir. Zira saik, failin harekete geçmesine yol açan sebeptir. Suçun ne için

⁵²⁹ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 448 vd., ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 319-328,

Diğer bazı yazarlar ise bu tasnifi, genel kast-özel kast, asıl kast-tali kast, zarar kastı-tehlike kastı, ani kast- düşünce kastı doğrudan kast-dolayısıyla kast, belirli kast- belirli olmayan kast şeklinde yapmaktadır. DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I, s. 251 vd.

işlendiğinin anlaşılması, failin saikinın tespitiyle mümkün olur. Bu kapsamda örneğin, A'nın iade etmediği bir belgeyi elde etmek için bu belgenin içinde bulunduğu para cüzdanını ele geçirmek isteyen B'nin A'yı öldürmesi olayında, belgenin elde edilmek istenmesi “saik”, para cüzdanının ve vesikanın ele geçirilmesi “amaç”, A'nın öldürülmesi ise “maksat”tır⁵³⁰.

Saikin, kast ile ilişkisi bakımından ise temelde iki görüşün olduğunu ifade etmek mümkündür. Nitekim pozitivist görüş saiki kastın bir unsuru sayıp, failin tehlikelilik haliyle ilişkilendirirken, klasik görüş, saikin kural olarak hukukun dışında kaldığını, ceza normunun ihlaline etki yapmadıkça failin zihni ve ruhsal durumunun, hukukun ilgi alanında bulunmadığını savunmaktadır. Buna göre klasik görüş bakımından saik, kanunun kendisini suçun unsuru saydığı hallerde önem arz eder. Böylece, failin sadece maksadı istemesinin yeterli olduğu hallerde genel kast, suçun temel yahut nitelikli halinin gerçekleşmesi bakımından failin, bilme ve istemeden başka, belirli bir saikle hareket etmesinin suç tipinde arandığı hallerde ise, özel kastın varlığı söz konusu olur⁵³¹.

Şu halde, örneğin bir insanı kasten öldüren kişi TCK'nun 81. maddesine göre cezalandırılır. Söz konusu maddede failin, öldürme maksadı suçun oluşması bakımından yeterli olmakla birlikte, kanun koyucu burada faili bu suçu işlemeye iten yahut harekete geçmesine yol açan neden yahut nedenlere özel bir önem atfetmemiştir. Fail bu suçu nefret, intikam, kıskançlık, miras edinmek gibi motivlerle işleyebilirse de kanun koyucunun burada aradığı husus, failin, bilerek ve isteyerek bu suçu işlemesidir. Failin suçu üst soyuna karşı, miras edinmek için işlemesi olasılığında dahi, kanun koyucunun önem atfettiği ve suçun nitelikli halini düzenlediği husus, suçun “*miras edinme saikiyle*” işlenmesi değil, üst soya karşı işlenmesidir. Bu kapsamda kasten öldürmenin, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla veya kan gütme yahut töre saikiyle işlenmesi halinde kanun koyucunun, failin saikine ayrıca önem vermiş olduğunu ifade etmek mümkündür.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından ise, madde metninde kanun koyucunun böyle bir saike ayrıca yer vermediği görülmektedir.

Doktrinde ise, failin tahrik fiilinde bulunurken herhangi bir saikin bulunmasının gerekli olmadığı ifade edilerek, saikin bu suçta önemli olmadığı, bu nedenle halkı kin ve

⁵³⁰ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:II, s. 243, 244.

⁵³¹ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:II, s. 245, 251.

düşmanlığa tahrikin hem kasten hem de olası kastla işlenebileceği savunulmuştur⁵³². Diğer yandan, söz konusu suç tipinin önlemek istediği tehlikenin, halkın farklı özelliklere sahip kesimlerinin birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi olduğundan yola çıkan bazı yazarlar, söz konusu tehlikenin yaratılması bakımından failin, özel kastla ayrımcı hareketler yapması gerektiğini savunmaktadır. Zira burada failin saiki, bu farklı özelliklere dayanan ayrılıkları ortaya koymak ve bu şekilde kin ve düşmanlığa tahrikte bulunmaktır. Bu nedenle madde metninde, özel kastı işaret eden bir ibare bulunmamaktaysa da madde metninin kaleme alınış şekli, tahrikin niteliği ve muhataplarda aranan hususiyetler, özel kastın aranmasını gerekli kılmaktadır⁵³³.

Diğer yandan, her ne kadar madde metninde failin saikine ilişkin özel bir belirleme yok ise de madde gerekçesinde failin kin ve nefrete tahrik bakımından, “*sübjektif olarak bu amacı gütmesi*” gerektiği ifade edilmektedir. Böylece aslında kanun koyucu madde gerekçesinde suçun, özel kastla işlenebileceğine işaret etmektedir.

Kanaatimizce, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira failin, suçun mağduru olan halk kesimlerini madde metninde sayılan özelliklerine göre belirlemesi ve bu özellikleri nedeniyle kin ve düşmanlığa tahrikte bulunması gerekmektedir. Bu anlamda söz konusu suç tipinde failin saiki, uluslararası düzenlemelerde de yer aldığı şekliyle “*nefret saiki*” olmaktadır. Suçun doğal yapısından kaynaklı olarak, nefret, kin, düşmanlık yahut intikam duyguları, tahrik fiilinin nedeni, onun hazırlayıcısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda kanaatimizce de halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu “*özel kasta*” işlenebilen bir suç olmakla birlikte, suçun tüm unsurlarının açıkça ve duraksamaya yer olmadan suç tipinde gösterilmesi gerekliliğinden hareketle, bu saikin madde metninde yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

⁵³² ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 279.

⁵³³ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 296,

“*Sanığın, yazı işleri müdürü olduğu E..... Dergisi'nin Aralık 1990 tarihli özel sayısında yer alan ve kendisi tarafından yazıldığı anlaşılan 'maden grevleriyle sınıfsal dayanışmayı yükseltelim başlıklı yazının bütünü ile Zonguldak maden işçilerinin toplu sözleşme görüşmelerinin çıkmaza girmesi ve başlattığı grevin ve düzenlediği yürüyüşün yazarın kendi düşüncesine göre sermayeyi temsil eden iktidar ve yine sermayeye dayalı bir parti olarak nitelediği muhalefet partilerinin ve Maden İş Sendikası'nın dahil olduğu Türk-İş'in davranışlarını eleştirerek ve maden işçilerinin zor yaşam koşullarını dile getirerek hareketin genel greve dönüşmesini öneren ve sermaye sınıflar eleştiren bir yazı olduğu TCK.nun 312/2. maddesinde de yaptırma bağlanan halkı, sınıf ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığı açıkça tahrik etme suçunun kasıt ögesini içermeyen oluşmayan suçtan yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...*” **Yarg. 8. C.D., 1991/6597, 1991/7076 K., 18.06.1991, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).**

Diğer yandan, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler kapsamında suçun, olası kastla işlenmesinin de mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı şekilde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

Değirmek istediğimiz bir diğer husus, kin ve düşmanlığa tahrik fiili neticesinde, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasının ötesinde, kamu güvenliğinin bozulması, tahrikte bulunan halk kesimine yahut bu kesimin üyelerine karşı bir takım suçların işlenmesi halinde tahrikte bulunanın, işlenen bu suçlar dolayısıyla ne şekilde sorumlu olacağının belirsiz olmasıdır. Bu nedenle kanaatimizce, madde metninde *“Kin ve düşmanlığa tahrik fiili neticesinde, tahrikte bulunan halk kesimi yahut üyelerine karşı hayat, vücut, hürriyet, cinsel veya malvarlığı dokunulmazlıklarını ihlal eden bir suç işlenmesi halinde”* tahrik edene verilecek cezanın artırılacağına ilişkin bir fıkranın eklenmesi ve suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin düzenlenmesi gerekmektedir. Zira burada fail, kin ve düşmanlığa tahrikte bulunmakla, madde metninde belirtilen halk kesimleri arasında bir husumet yaratmakta, öç alma duygularını kışkırtmaktadır. Tahrikte bulunanın madde metni kapsamında suç teşkil eden fiili, *“kin ve düşmanlığa”* tahrik olmakla birlikte, bu tahrik fiilinin kastedilenden daha ağır veya daha farklı bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi mümkündür. Bu durumda tahrikte bulunanın, işlenen suçlar dolayısıyla sorumluluğunu kabul etmemek, ceza adaleti bakımından kabul edilebilecek bir durum değildir. Burada tahrikte bulunan fail, doğrudan bir suçun işlenmesine tahrikte bulunmamakla beraber, kin ve düşmanlığa tahrik etmekle, suç işlenmesi bakımından uygun psikolojik ortamı da yaratmaktadır. Bu nedenle eğer, TCK’nun 23. maddesi kapsamında, tahrik edilen halk kesimine karşı suç işleneceği hususunda, tahrikte bulunanın en azından taksiri varsa, cezasının artırılması gerekir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, kin ve düşmanlığa tahrik ile sonradan işlenen suç ya da suçlar arasında nedensellik bağlantısının kopmuş olmamasıdır. Bu hususu ve özellikle zamansal bağın kopup kopmadığını somut olayın özelliklerine göre hâkim değerlendirecektir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. Genel Açıklamalar

Suçun unsurlarından biri olan *“hukuka aykırılık”* unsuru, *“işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması,*

yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması” olarak tarif edilmiştir⁵³⁴.

Ceza Kanunu’nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine, ceza kanunu ya da başka bir hukuk dalında yer alan bir kural izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, bir başka ifadeyle suç olmadığı sonucuna varılır⁵³⁵. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala “*hukuka uygunluk sebebi*” denir. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili, hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler⁵³⁶.

5237 sayılı TCK’nun “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” başlıklı ikinci bölümünde, “*Hukuka Uygunluk Sebepleri*” ve “*Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Sebepler*” bir arada düzenlenmiştir.

TCK’nda hukuka uygunluk sebebi olarak, kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası) (TCK. m.24/1), meşru savunma (TCK. m.25/1), hakkın icrası (TCK. m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK. m.26/2) yer almaktadır.

Düşüncüyü ifade özgürlüğü, bu hukuka uygunluk sebeplerinden hakkın icrası kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Zira düşüncüyü ifade özgürlüğü, Anayasal güvence altında bulunan ve böylece hukuken korunan bir menfaat olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, TCK’nun 218. maddesinde de “*haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları*”nın suç oluşturmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

b. Düşüncüyü İfade Özgürlüğü

İnsan onurunun vazgeçilmez bir parçası olarak düşüncüyü ifade hürriyeti, çok kaba ve dar bir tanımla “*düşünme*” faaliyetinin dışı vurumu olarak ifade edilebilir. İnsana değer katan ve onun manevi gelişim ve erdeminin tamamlayıcısı olan bu faaliyet olmaksızın insan, insan olmak değerinden yoksun bir varlık haline gelir. Bu nedenle düşüncüyü ifade özgürlüğünün, en az yaşam hakkı kadar kutsal ve dokunulmaz olduğunu ifade etmemiz gerekir⁵³⁷.

⁵³⁴ ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, AÜHFY No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 95, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 374.

⁵³⁵ KUNTER, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s. 111, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 378.

⁵³⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 383.

⁵³⁷ İHAM de Lingens kararında, “*Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun ana temellerinden birini ve yine bu toplumun gelişmesi ve her bireyin kendini gerçekleştirmesi için esaslı şartlarından birini oluşturduğunu hatırlatır.*” demek suretiyle, düşüncüyü ifade özgürlüğünün

Düşünceyi ifade özgürlüğü, pek çok bakımdan diğer haklar arasında kritik bir öneme sahiptir. Bir ülkenin açık ve özgür bir rejime sahip olup olmadığına dair en belirgin işaretlerden biri o rejimin düşünceyi ifade özgürlüğü konusundaki yaklaşımıdır. Bunun sebebi, ifade özgürlüğünün din, vicdan, inanç ve kanaat özgürlükleri (Any. m. 24) gibi bazı özgürlüklerle doğrudan basın, yayın, haberleşme, bilgi alma-verme, iletişim, propaganda yapma, toplanma, örgütlenme gibi (Any. m. 27, 28, 33, 34, 68) bazı özgürlüklerle ise dolaylı olarak iç içe olması ve onların kullanımıyla bağlantılı bulunmasıdır⁵³⁸. Ayrıca düşünceyi ifade özgürlüğünün önemi, iktidar üzerinde bir “kontrol mekanizması” işlevini gerçekleştirmesinden de kaynaklanır. Zira demokratik bir sistem, politik konular üzerinde vatandaşların tartışmak suretiyle kamu politikalarına katılmalarını gerektirir. Böylece, kamu yararını ilgilendiren her türlü düşünce, ne kadar farklı olsa da koruma altında olacaktır⁵³⁹. Şu halde, düşünceyi ifade özgürlüğünün korunmasının, gerçeğin bulunması, bireylerin otonom yapılarının geliştirilmesi ve demokratik yaşamın güvence altına alınması bakımından önemli bir işlev üstlendiğini ifade etmek mümkündür⁵⁴⁰.

Düşünceyi ifade özgürlüğü güvenliğinin düşük olduğu yerlerde bahsi geçen özgürlüklerin ve başka pek çok özgürlüğün kullanımı ya mümkün değildir ya da anlamlı olmaktan uzaktır⁵⁴¹. Denilebilir ki, yaşam hakkının insanın maddi varlığının güvencesi olması gibi, ifade özgürlüğü de manevi varlığının güvencesidir⁵⁴².

Düşünceyi ifade özgürlüğünden genelde, kişinin evreni ve evrende kendisini açıklaması, yani duygularını, düşünce, inanç ve kanaatini ortaya koyması, kısaca bunların dil ile ifadesi anlaşılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, beşeri duygu, düşünce, inanç ve

önemine dikkat çekmiştir. **Lingens v. Avusturya**, Başvuru No. 9815/82, 08.07.1986., www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/.../lingensvavusturya_guncelleme.pdf, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. **Any. Mh. 2013/2602 E.**, 23/1/2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

⁵³⁸ USLU, s. 185, **KABOĞLU**, Kollektif Özgürlükler, s. 268, **TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa, Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rifat, Murat**, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 327, **BOZKURT, Enver, DOST, Süleyman**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, SDÜİİBFD, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 48, **ERDEM, Fazıl, Hüsnü**, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, ABD, Sayı: 1998/1, s. 11,

Anayasa Mahkemesi'ne göre de “İfade özgürlüğü, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir.” **Any.Mh. 2013/2602, 23.01.2014, Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı)**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

⁵³⁹ **SORIAL**, s. 309, 310.

⁵⁴⁰ **KAJN, Robert A.**, Why Do Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post, Hofstra Law Review, Vol. 41, 2013, s. 571, 572.

⁵⁴¹ **USLU**, s. 185, **TANÖR**, s. 28.

⁵⁴² **CAN, Osman**, “Kutsallar” ve Düşünce Özgürlüğü, CHD, Yıl: 2, Sayı:5, Aralık 2007, s. 315, **ERDEM**, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, s. 12.

kanaatin ifadesini sağlayan her çeşit araç dil olarak kabul edilmektedir. Bundan anlaşılması gereken salt konuşulan dil değil, müzikten heykele, resimden dansa, şekilden tasarım vs. ye kadar duygu, düşünce, inanç ve kanaati anlatmada araç olan her etkinliğin dil olarak nitelendirilebileceğidir⁵⁴³. Ayrıca, belli bir görünüşü ya da düşünceyi ifade eden belli giyim tarzlarının da bir düşünceyi ifade türü olduğunu söylemek gerekir⁵⁴⁴. Söz konusu olan ifade şekli ne olursa olsun, ister söz ya da yazı, isterse eylem olsun, asıl olan bir “*fikrin/düşüncenin*” açıklamasıdır⁵⁴⁵.

Şu halde, düşünceyi ifade özgürlüğü, hem bireyin kendisini tarif etmesi hem diğerlerine anlatması ve hem de siyasal bir duruş sergileyerek ortaya çıkması olarak tarif edilebilmektedir⁵⁴⁶. Böylece kişi, hem kendisini anlatma imkânı bulmakta hem de farklı düşüncelere toleranslı olmayı öğrenmektedir. Farklı düşünceler arasında uzlaşmamaktan kaynaklanan çekişmeler söz konusu olabilirse de düşüncenin özgürce ifade edilmesi, sosyal istikrarın sağlanmasına yardımcı olacaktır⁵⁴⁷.

Geniş manada düşünceyi ifade özgürlüğü, insanın serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, ulaştığı bu bilgiler sayesinde düşünce ve kanaatler edinmesi, edindiği bu kanaatler nedeniyle kınanamaması ve tek başına ya da başkalarıyla birlikte bu kanaatleri serbestçe açıklayabilmesi, yayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve serbest bir tartışma ortamı içerisinde kamuoyu oluşturulması olarak tanımlanmıştır⁵⁴⁸.

⁵⁴³ **HAFIZOĞULLARI, Zeki**, Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/ifade%20hurriyeti.doc, (Erişim Tarihi: 09.09.2014), **DÖNMEZER, Sulhi, BAYRAKTAR, Köksal**, Basın Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 25, 26.

⁵⁴⁴ **SONGU ÖKTEM, Sezgi**, Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, DEÜHF Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 611.

⁵⁴⁵ **AYDIN**, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013),

Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar ‘söz, yazı, resim veya başka yollar’ olarak ifade edilmiş ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.” **Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014 (Youtube kararı)**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015), **Any. Mh. 2013/409, 25.06.2014**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015).

⁵⁴⁶ **AKGÜL, Mehmet, Emin**, İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması, AÜHFD, Yıl: 2012, Cilt:61, No:1, s. 10, **HEALY**, s. 684.

⁵⁴⁷ **GREENAWALT, Kent**, Fighting Words Individuals, Communities and Liberties of Speech, Princeton University Press, 1996, s. 5.

⁵⁴⁸ **KABOĞLU, İbrahim Ö.**, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 294, **KOCASAKAL, Ümit, AKSOY, Emine, Eylem, MEMİŞ, Pınar**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, CHDY No: 1, İstanbul 2003, s. 28, **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s. 321, 322, Burada dikkat edilmesi gereken husus, düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğudur. Zira düşünce özgürlüğü Anayasa’nın 25. maddesinde güvence altına alınmış olup, içsel bir işlemdir; sınırlanamaz. Düşünceyi açıklama özgürlüğü ise, Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenmiş olup, Anayasa ve İHAS’de belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilen ve dışsal dünyada bir etki doğuran ya da doğurmayı amaçlayan özgürlüktür. **CAN**, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, s.359

Şu halde, düşünebilme koşullarının sağlanamadığı bir ortamda, ifade özgürlüğünün güvence altında olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir⁵⁴⁹. Zira “sınırlı” yahut “sansürlenmiş” bilgi ya da habere ulaşma olanağının olduğu bir ortamda, dayatılan bir düşünce ve bunun ifadesinin olduğunu ve bu anlamda daha henüz düşüncenin olgunlaşma sürecinde özgürlük kısıtlamasının bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁵⁰.

Düşünceyi ifade özgürlüğünün, gerek 1982 Anayasası ve gerek ise uluslararası mevzuatta garanti altına alınmış olduğunu ifade etmek mümkündür.

Nitekim Anayasa’nın 25. maddesine göre,

“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.”

Anayasa’nın 26. maddesine göre ise, *“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 ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî 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 sınırlanabilir.

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

⁵⁴⁹ ÖKÇESİZ, Hayrettin, Düşünce Özgürlüğü, İBD, Cilt:72, Sayı:1-2-3, 1998, s. 23, ALACAKAPTAN, Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt 2, 2000, s. 15

⁵⁵⁰ Bilginin ve fikirlerin, bunlara erişmek isteyenlere iletilmesini durdurması nedeniyle, müdahalenin farklı biçimleri arasında İHAM açısından en tehlikeli olanı yayın öncesi sansürdür. Bu nedenle, gazetecilere çalışma ruhsatı verilmesi, bir yazının yayımlanmadan önce bir yetkili tarafından incelenmesi veya yayın öncesi yasaklama türünde alınan diğer tedbirler, İHAM tarafından çok sıkı bir denetime tabi tutulur. Bu tür sınırlamalar geçici bir özellik arz etse dahi, bilginin değerini sürekli olarak azaltabilir. **Guardian ve Observer v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 13585/88, 26.11.1991, MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, TBBY: 88, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/io-aihs.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.02.2015)**

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

Uluslararası düzenlemeler bakımından ise, İHAS, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde konuya ilişkin çeşitli hükümlere yer verildiğini ifade etmek mümkündür.

Nitekim İHAS’nin 9. maddesine göre, *“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”*⁵⁵¹

Sözleşme’nin 10. maddesine göre ise, *“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.”*

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin (İHEB) 19. maddesine göre, *“Her ferdin fikir ve fikirlerini açıklamak hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzu bahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir.”*

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin (KSHUS) 18. maddesine göre, *“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir.”*

19. maddeye göre ise, *“Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.*

Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.”

Uluslararası düzenlemeler bakımından özellikle İHAS’nin uygulanması ve İHAM’nin kararları bakımından daha ayrıntılı değerlendirmeleri ileride ve her konunun kendi

⁵⁵¹ Belirtmek gerekir ki İHAM, Sözleşme’nin 9. maddesinde yer alan düşünce özgürlüğünü, 10. madde kapsamında ele almakta ve dolayısıyla 10. maddenin 9. maddede ayrıca belirtilen düşünce özgürlüğünü de kapsadığını ifade etmektedir. Nitekim Mahkeme, başvuranın Sözleşme’nin 9. maddesindeki düşünce özgürlüğünün ve 10. maddesindeki ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ettiği İncal davasında bu hususa değinerek, şikâyeti 10. madde kapsamında ele almıştır.

kapsamında yapacak olmakla birlikte, burada değinmek istediğimiz temel husus, gerek 1982 Anayasası ve gerek ise uluslararası düzenlemeler kapsamında düşünceyi ifade özgürlüğünün var olduğunun kabul edilebilmesi için bazı koşulların olması gerektiğidir. Zira sözünü ettiğimiz düzenlemeler, düşünceyi ifade özgürlüğünü, salt düşüncenin yayılması yahut çeşitli yollarla diğer kişilerle paylaşılması olarak ele almamakta, haber ve fikir alma özgürlüğü ile kanaat özgürlüğünü de bu kapsamda değerlendirmektedir. Bu anlamda, düşünceyi ifade özgürlüğünün, bilgi alma ve öğrenme özgürlüğü, kanaat özgürlüğü ve düşünceyi açıklama (açığa vurma ve yayma) özgürlüğü olmak üzere üçlü bir sacayağı şeklinde karşımıza çıktığını ifade etmemiz mümkündür⁵⁵².

aa. Düşünceyi İfade Özgürlüğünün Kapsamı

aaa. Bilgi Alma ve Öğrenme Özgürlüğü

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesine göre, düşünceyi ifade özgürlüğü, *“resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini”*, İHAS'nın 10. maddesine göre de *“kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü”* kapsamaktadır. İHEB'ne göre ise düşünceyi ifade özgürlüğü, *“memleket sınırları mevzubahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak”* hakkını da kapsamına almaktadır. KSHUS bakımından da düşünceyi ifade özgürlüğü, *“bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme”* özgürlüğünü de içermektedir.

Anayasa metninde *“haber veya fikir alma ya da vermek serbestliği”* olarak ifade edilen bu özgürlüğü biz, *“bilgi alma ve öğrenme özgürlüğü”* olarak ifade etmiş bulunmaktayız. Zira kanaatimizce, bilgi alma ve öğrenme özgürlüğü ibaresi, gerek Anayasa ve gerek

⁵⁵² **TEZİÇ, Erdoğan,** Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/tezic.pdf, (Erişim Tarihi: 17.09.2014), s. 33, İHAM de Scientology Kilisesi İsveç kararında, ifade özgürlüğü hakkının *“kamu otoritesinin müdahale olmaksızın kanaat sahibi olma ve bilgi ve fikir edinme ve aktarma özgürlüğünü”* içerdiğini belirtmiştir. **Scientology Kilisesi, İsveç Başvuru No. 7805/77, 05.05.1979.,** Anayasa Mahkemesi’ne göre ise, *“ifade özgürlüğü, sadece ‘düşünce ve kanaate sahip olma’ özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan ‘düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma’, buna bağlı olarak ‘haber veya görüş alma ve verme’ özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.”* **Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı),** <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015).

İHAS’de belirtilen “haber”, “fikir”, “görüş” kavramlarını kapsayıcı ve düşünceyi ifade özgürlüğünün ilk ögesini oluşturan bu özgürlüğü daha karşılayıcı bir anlama sahiptir.

Bilgi alma ve öğrenme özgürlüğü, düşünme ve kanaat edinme eylemleri için gerekli ham maddeyi sağlamaya yarayan özgürlüktür⁵⁵³. Zira belirli bir konuda, kimin ne düşündüğünün, dünyada ve ülkede nelerin olup bittiğinin bilinmesi ve öğrenilmesi, söz konusu konularda, kişilerin kendi fikir ve düşüncelerini oluşturmalarına ve böylece kamusal hak ve yararların korunmasına hizmet edecektir⁵⁵⁴. Bir başka ifadeyle, bilgi alma ve öğrenme özgürlüğü, düşünme ve kanaat oluşturma olanağı sağlamak suretiyle düşünceyi ifade özgürlüğünün temel ögesini oluşturmaktadır⁵⁵⁵.

Burada önem arz eden husus, bilgi ve haberin alınması aşamasında, kişilerin herhangi bir sınırlandırma ya da sansür olmaksızın, her türlü bilgi ve habere ulaşabilmesidir⁵⁵⁶. Zira kamunun, sadece resmi görüşlerin ya da çeşitli anlaşmalar sonucunda kurulan hukuki ya da reklamlar aracılığıyla oluşturulan fiili tekellerin tek yönlü görüşleriyle bilgilendirilmesi, düşünceyi ifade özgürlüğünün, henüz daha düşüncenin oluşumu aşamasında sınırlandırılması ve hatta engellenmesi olarak değerlendirilebilecektir⁵⁵⁷. Bu şekilde bireyin görüş ufku, keyfî olarak daraltılmış, paternalist himayeciliğe ihtiyacı olduğu varsayılmış, onun sadece iradesine ve tercih özgürlüğüne değil, aynı zamanda insan olma onuruna ve kişiliğine de saygısızlıkta bulunulmuş ve hatta saldırılmış olacaktır. Oysa neleri okuması, izlemesi, görmesi, dinlemesi gerektiğine başkaları değil, yine kişinin kendisi

⁵⁵³ TANÖR, s.24.

⁵⁵⁴ ERMAN, Sahir, Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 14.

⁵⁵⁵ KABOĞLU, Düşünce Özgürlüğü s. 46,

İHAM’ne göre, “10. madde sadece (en başta siyasi nitelik taşıyanlar olmak üzere) bazı bilgi veya fikir türleri ya da ifade biçimleri için geçerli değildir; aynı zamanda sanatsal ifadeyi, ticari nitelik taşıyan bilgiyi hatta kablolu televizyondan hafif müzik ve reklâm yayınlarını bile kapsar.” DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım, 2003, s. 255.

⁵⁵⁶ ZAYAS, Alfred, MARTİN, Aurea, Roldan, Freedom of Opinion and Freedom of Expression: Some Reflections on General Comment no. 34 of the UN Human Rights Committee, Netherlands International Law Review, LIX: 425-454, 2012, s. 435, 439.

⁵⁵⁷ ERMAN, Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü, s. 23,

İHAM de Leander-İsveç kararında, “Bilgi alma özgürlüğü hakkının, devletin, bir kimsenin bilgiye ulaşması ya da başkalarının kendisine bilgi vermek özgürlüğünün engellenmesini yasakladığını” ifade etmiştir. Leander v. İsveç, Başvuru No. 9248/81, 26.04.1987, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren bir kitabın yayımlanmasından önce, bir gazete tarafından bu kitaptan bazı bölümler yayınlanmasının engellenmesi sonucunu doğuran nitelikte bir tedbir, *Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık* davasında kısmi karşıt görüş yazan Yargıç Pettiti tarafından, bilgi edinme özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirilmiştir. Zira Pettiti’ye göre, “halkın devlet organlarının işleyişi konusunda bilgiden yoksun bırakılması temel bir demokratik hakkın ihlâlidir”. MACOVEI, s. 71, 72.

karar vermeli, özerk ve özgür kişinin, başkalarının ve özellikle de kamu otoritelerinin koruyup kollamasına ihtiyacı olmadığını farkına varılmalıdır⁵⁵⁸.

Şu halde, bilgi ve haber alma özgürlüğü olmadan, düşüncenin özgür bir biçimde oluşabilmesinden ve dolayısıyla düşünceyi ifade özgürlüğünden bahsetmenin mümkün olmadığını ifade etmek gerekmektedir⁵⁵⁹.

Bununla beraber, bilgi alma ve verme bakımından özgür olmak yetmemektedir. Gerekli teknik olanaklara erişim de önemlidir. Nitekim İHAM açık biçimde 10. maddenin yalnızca bilginin içeriği için değil, bilgi aktarma veya edinme araçları için de geçerli olduğunu zira bu araçlar üzerinde uygulanan herhangi bir sınırlamanın zorunlu olarak bilgi edinme ve aktarma hakkına da müdahale olacağını ifade etmiştir⁵⁶⁰.

bbb. Kanaat Özgürlüğü

Anayasa'nın 25. maddesine göre,

“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.”

İHAS'nın 9. maddesine göre ise, *“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir.”*

Gerek 1982 Anayasası gerek ise İHAS, düşüncenin ifade edilmesi yahut açıklanmasıyla, bizzatı bir düşünceye sahip olma özgürlüklerini ayrı ayrı düzenlemişlerdir. Nitekim Anayasa'nın 25. maddesinden ayrı olarak 26. maddesinde, *“düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”*, İHAS'nın 9. maddesinden ayrı olarak ise 10. maddesinde *“ifade hürriyeti”*ne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İlk bakışta bu şekilde bir ayırımın pratik bir faydası olmadığı ve düşünceyi ifade özgürlüğünün (düşünceyi açıklama ve yaymanın) evleviyetle düşünce özgürlüğünü de kapsayıcı nitelikte olduğu

⁵⁵⁸ ERDOĞAN, Mustafa, Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantelin Matbaası, 2003, s. 39.

⁵⁵⁹ ERDEM, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, s. 8, GÖREN, Zafer, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, İTÜSBD, Yıl: 12, Sayı: 24, Güz, 2013/2, s. 37.

⁵⁶⁰ Autronic AG v. İsviçre, Başvuru No. 12726/87, 22.05.1990, Ahmet Yıldırım v. Türkiye, Başvuru No. 3111/10, 18.12.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015).

Anayasa Mahkemesi'ne göre de, *“Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar 'söz, yazı, resim veya başka yollar' olarak ifade edilmiş ve 'başka yollar' ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.” Any. Mh. 2013/2602, 23.01.2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).*

ifade edilebilirse de kişinin sahip olduğu düşüncelerden dolayı kınanamaması yahut sahip olduğu düşünceleri açıklamaya zorlanamaması bu kapsamda ele alındığında oldukça anlamlı bir değere hizmet ettiği görülebilecektir⁵⁶¹.

Bu kapsamda kanaat özgürlüğü, kişinin, doğru olduğuna inandığı düşünce ve kanaatleri seçebilmesi, benimseyebilmesi, benimsediği bu kanaatlerden dolayı kınanamaması ve ayrıca düşünce, inanç ya da inançsızlıklarını açıklamaya zorlanamamasıdır⁵⁶². Öyleyse, kanaat özgürlüğünün, iyi-kötü, güzel-çirkin, doğru-yanlış gibi olgular arasında bir tercih yapma ya da bunlardan birini seçebilme özgürlüğünü koruduğunu ifade etmek mümkündür⁵⁶³.

Bilgi ve haber alma özgürlüğünün güvence altına alındığı bir ortamda, kişinin içsel devinimi esnasında ortaya çıkan bu özgürlük, salt ulaşılan kanaatlerin açıklanmasını tehlikeye sokan nitelikteki şeylere karşı değil, ayrıca bu kanaatlerin benimsenmesini engelleyecek nitelikteki etmenlere karşı korunmasını da ifade etmektedir. Bazı yazarlara göre, eğer ulaşılan kanaat dini nitelikteki bir kanaat ise, söz konusu özgürlük, ulaşılan dini kanaatten dolayı da kınanamamak hakkını ihtiva edeceğinden, “*vicdan özgürlüğü*” ismini almaktadır⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Anayasa’nın 25. maddesinde ‘düşünce ve kanaat hürriyeti’, 26. maddesinde ise ‘Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti’ düzenlenmiştir. Anayasa bir düşünceye sahip olma ile bir düşünceyi ifade etme arasında bir ayrıma gitmiştir. Nitekim 25. maddenin gerekçesinde, ‘Madde ile bu hürriyet, düşünceyi açıklama hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki hürriyet her ne kadar birbirleriyle bağlantılı ise de nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.’ denilmiştir. Anayasa Mahkemesi de düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü arasında bir ayrıma gitmiştir. 1961 Anayasası döneminde bu iki özgürlük aynı maddede düzenlenmiş olmasına karşın Mahkeme, düşünceye sahip olma hakkı ile düşünceyi açıklama ve yayma hakkını birbirinden ayırmıştır.” Any. Mh. 2013/409, 25.06.2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015).

⁵⁶² TANÖR, s. 25

⁵⁶³ CAN, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değiştirdi?, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, s.362,

Başvurucunun iki gazete yazısında Almanya Başbakanına yönelik olarak “*en adi türden fırsatçılık*”, “*ahlâksızca*” ve “*utanç verici*” gibi bazı ifadeler kullanması neticesinde hüküm giydiği Lingens kararında İHAM, “*Mahkeme’nin görüşüne göre, maddi yargılar ile değer yargıları arasında dikkatlice bir ayırım yapılması gerekir. Olayların varlığı kanıtlanabilir, fakat değer yargılarının doğruluğu ispata elverişli değildir. Bu bağlamda Mahkeme, Lingens’in değer yargılarını dayandığı olayların varlığı üzerinde bir tartışma bulunmadığını ve ayrıca kendisinin iyi niyetli olduğundan da kuşku duyulmadığını kaydeder. Böyle bir durumda gazeteciler, Ceza Kanununun 111(3). fıkrasıyla birlikte okunan 111(2). fıkrası gereğince, beyanlarının doğruluğunu kanıtlayamadıkça, aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen haller bakımından, mahkumiyetten kurtulamazlar. Bu şartın değer yargıları bakımından yerine getirilmesi imkansız olup, böyle bir şart, Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkın temel bir unsuru olan düşünce özgürlüğünü ihlal eder.*” şeklinde tespitlerde bulunarak, kanaat özgürlüğünün önemine dikkat çekmiştir. **Lingens v. Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 08.07.1986,** www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/.../lingensvavusturya_guncelleme.pdf, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

⁵⁶⁴ ERDEM, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, s. 8, 9.

ccc. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesine göre, “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.*”

İHAS'nın 10. maddesine göre ise, “*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak... haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.*”

İHEB'nin 19. maddesine göre ise, düşünceyi ifade özgürlüğü, fikirlerin açıklanması ve yayılması özgürlüklerini de ihtiva etmekteyken, KSHUS'nin 19. maddesine göre söz konusu özgürlük, her türlü bilgi ve düşünceyi ulaştırma özgürlüğünü de içerir.

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, düşüncenin dışa vurulması safhasında ortaya çıkan ve gerek bilgi ve haber alma özgürlüğünü gerek ise de kanaat özgürlüğünü anlamlandıran ve düşünceyi ifade özgürlüğünün son ögesi olan özgürlüktür. Zira dışsallaşma şansı bulamayan düşünce, düşünce sahibinin zihninde hapsedilmiş bir düşünceden ibarettir⁵⁶⁵.

Dikkat edilirse Anayasa'nın 26. maddesi salt düşüncenin “*açıklanması*”ndan değil, aynı zamanda “*yayılmasından*” da bahsetmektedir. Zira böylelikle, özgürlüğe olabildiğince geniş bir etki alanı sağlanmaya çalışılmakta, muhataplar üzerinde etki doğurma, onların kanaat ve düşüncelerini değiştirme gibi, düşünce açıklamasının yaratmak istediği etkinin korunması amaçlanmaktadır⁵⁶⁶.

Şu halde, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, düşüncenin, gerek sözle gerek yazıyla ve gerek ise diğer başka araçlarla (örneğin radyo, televizyon, internet, sinema ya da yazılı basın gibi) dışa aktarılabilmesi, yayılabilmesi ve kişi ya da kişilerin, bu düşüncenin doğruluğuna inandırabilmesidir⁵⁶⁷. Bu anlamda, “*düşüncenin açıklanması ve yayılması*” ile

⁵⁶⁵ ERDEM, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, s. 9.

⁵⁶⁶ CAN, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, s.368.

⁵⁶⁷ TANÖR, s. 27,

Anayasa Mahkemesi'ne göre, “*İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.*” Any.Mh. 2013/2602, 23.01.2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

düşüncenin savunulması, başkalarına anlatılması, yayılması, telkin edilmesi, tavsiyelerde bulunulması ve hatta propagandasının yapılmasının ifade edildiği belirtilmiştir⁵⁶⁸.

Bununla birlikte, düşüncenin açıklanması, salt düşüncesini açıklayan kişinin değil, bu düşünce sayesinde bilgi edinecek kişilerin de haklarını ihtiva eden bir özellik arz etmektedir. Zira bir kişinin düşüncesini açıklama özgürlüğü, diğer kişilerin bilgi ve haber alma özgürlükleriyle iç içedir. Düşüncenin açıklanmasının sınırlandırılması, aynı zamanda bilgi ve haber alma özgürlüklerinin sınırlandırılması anlamına gelecektir⁵⁶⁹.

bb. Düşünceyi İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması

bbb. Sınırlamanın Koşulları

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesinin 2. fıkrasına göre,

“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî 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.”

Yine Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesine göre,

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Şu halde, 1982 Anayasası bakımından düşünceyi ifade hürriyetinin sınırlandırma nedenleri, 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

⁵⁶⁸ ERDEM, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, s. 9, CAN, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, s.368, Ancak bir düşüncenin bir başkasına zorla empoze edilmesi ya da dayatılması durumları buna istisna oluşturmaktadır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'ne göre manevi tartışma terk edililip, düşünce oluşumu için gerekçeler göstermek yerine baskı araçları kullanıldığında, düşünceyi açıklama özgürlüğünün korunması sona ermektedir. GÖREN, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, s. 37.

⁵⁶⁹ ERDEM, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, s. 14, GÖREN, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, s. 37, MORO/AİKAT, s. 64, ZAYAS/MARTİN, s. 435.

kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesidir.

Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması başlıklı 14. maddesinin 1. fıkrası bakımından diğer anayasal sınırlama sebepleri ise, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler olarak belirlenmiştir.

Yukarıdaki sınırlama nedenlerinin sınırını ise, 13. madde kapsamında, Anayasa'nın sözü ve ruhu, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesi oluşturmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin diğer bir anayasal sınır ise yine Anayasa'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında "*Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*" şeklinde belirlenmiştir⁵⁷⁰.

Uluslararası düzenlemeler bakımından ise, İHEB'nin 29. maddesine göre, "*Her şahsın, şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi ancak bir topluluk içinde mümkündür ve şahsın bu topluluğa karşı görevleri vardır.*"

Herkes, haklarının ve hürriyetlerinin kullanılmasında, sadece, başkalarının haklarının ve hürriyetlerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi amacıyla ve ancak demokratik bir cemiyette ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı icaplarını yerine getirmek maksadıyla kanunla belirlenmiş sınırlamalara tabi tutulabilir.

Bu hak ve hürriyetler hiçbir veçhile Birleşmiş Milletler'in amaç ve prensiplerine aykırı olarak kullanılamaz."

⁵⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre de "*Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.*" Any.Mh. 2013/2602, 23.01.2014, Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

Beyanname'nin 30. maddesine göre ise, “İşbu Beyanname'nin hiçbir hükmü, herhangi bir devlete, zümreye ya da ferde, bu Beyanname'de ilan olunan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.”

KSHUS'nin 19. maddesine göre de “Bu maddenin ikinci fıkrasındaki haklar özel bir ödev ve sorumlulukla kullanılır. Bu nedenle bu hak, sadece hukuken öngörülen ve aşağıdaki sebeplerle gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir: a) Başkalarının haklarına ve itibarına saygı; b) Ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlakı koruma.”

İHAS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Bu anlamda İHAS'nin 10. maddesi kapsamında öngörülen sınırlama nedenleri, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınmasıdır.

Söz konusu sınırlamalar bakımından ise, “yasayla öngörülme” ve “demokratik bir toplumda gerekli” olma şartları aranmaktadır⁵⁷¹.

Sözleşmenin hakları kötüye kullanma yasağı başlıklı 17. maddesine göre ise,

“Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

1982 Anayasası ile İHAS düzenlemeleri arasında, sınırlamaların kanunla olması, hakkın kötüye kullanılmaması yahut demokratik bir toplumda gerekli olma şartları bakımından genel olarak bir paralellik söz konusu olmakla birlikte, 1982 Anayasası, İHAS

⁵⁷¹ BUYSE, Word of Violence: “Fear Speech”, or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, s. 791, 792.

hükümlerinden farklı olarak, düşüncüyü ifade hürriyetinin, “Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” amacıyla da sınırlandırılabilmesini kabul etmektedir⁵⁷².

Bunun yanında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından 1982 Anayasası “*hakkın özüne dokunmama*” kriterine yer vermiştir⁵⁷³. Anayasa’nın, sınırlamanın “ölçülü” olması gerektiğine ilişkin düzenlemesi ise, ilerde üzerinde duracağımız üzere, İHAM’nin içtihatlarında yer verdiği bir kriterdir. Dolayısıyla İHAM’nin, “*hakkın özüne dokunmama*” kriterinden ziyade, “ölçülülük” bakımından değerlendirmelerde bulunduğunu söylemek mümkündür⁵⁷⁴.

1982 Anayasası ile İHAS’ni birlikte değerlendirmemizin gerekçesi, Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarihinde onaylamış olmasıdır. Böylece Türkiye, kendi yetki alanı içinde bulunan herkese, bu Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri tanıyacağı taahhüdünde bulunmuştur. Ayrıca,

⁵⁷² Sınırlama nedenleri içerisinde Cumhuriyetin temel nitelikleri ile Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması amacının yer alması özel sınırlama nedenlerinin artırılması anlamında gelip gelmediği hususundaki tartışmalar için bkz. **GÖREN**, s. 47, **CAN**, Anayasa Değişiklikleri ve Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü, s. 8,9, **TÜLEN, Hikmet**, 3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme, AÜEHF’nin 10. Öğretim Yılına Armağan, C. V, S. 1-4, Erzincan 2001, s. 197, 198, **KOÇAK, Mustafa**, Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak “Cumhuriyetin Nitelikleri”, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı:21, Kasım, 2003, 35 ve 36. Prg.,

İHAM’ne göre ise, “*Parti programının Türk Devletin mevcut prensipleri ve yapısı ile uyumlu olmaması demokrasi ile de çelişkili olması anlamına gelmez. Mevcut bir devletin yapısını sorgulayan dahi olsa farklı politik programların teklif edilmesi ve tartışılması, demokrasinin kendisine zarar vermemesi şartıyla demokratik sistemin vazgeçilmez öğeleridir.*” **Sosyalist Parti ve Diğerleri v. Türkiye**, Başvuru No. 26482/95, 25.05.1998, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015).

⁵⁷³ Anayasa Mahkemesine göre de “*İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa’nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir.*” **Any.Mh. 2013/2602, 23.01.2014, Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı)**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

⁵⁷⁴ Bu husus doktrinde eleştirilmiştir. Zira “*hakkın özü*”nün ne olduğu ve somut denetimde bir hakkın özüne dokunulup dokunulmadığının belirlenmesi oldukça zordur. Oysa, ölçülülük ilkesiyle desteklenen demokratik toplum düzeni gerekleri İHAM’nin içtihatlarıyla paralel niteliktedir. Ölçülülük ilkesi, zorunlu hallerde hakkın özüne dokunma olanağı vermekle birlikte, çoğu zaman müdahale hakkın özüne dokunmasa da ve hatta sadece hakka dokunmasa bile ölçüsüz kabul edilip püskürtülmektedir. **CAN, Osman**, Anayasa Değişiklikleri ve Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü, www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf, (Erişim Tarihi:10.06.2015), s. 18., Anayasa Mahkemesi, hakkın amacına uygun şekilde kullanımını son derece zorlaştıran, ciddi suretle güçleştiren, örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyan ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamaların, öze dokunur nitelikte olduğunu ifade etmiştir. **Any. Mh. 2006/121 E., 2009/90 K., 18/6/2009**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/11/20091126-14.htm>, **Any. Mh. 2013/409, 25.06.2014**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015). Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir.*” **Any. Mh. 2013/2602,23/1/2014**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

28.01.1987 tarihinde Komisyon ve 12.12.1989 tarihinde de Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir⁵⁷⁵.

Söz konusu taahhüt ise, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası teminat altına alınmıştır. Zira Anayasa hükmüne göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınır.*”

Anayasa'nın 90. maddesi ile ortaya çıkan, kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler arasındaki hiyerarşik durum hakkındaki farklı görüşlerin savunulduğu anayasal tartışmalar bir yana⁵⁷⁶, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukumuzun doğrudan bir parçası olduğunu, iç hukukta uygulanması için başka bir iç hukuk işleminin gerekmediğini söylemek mümkündür⁵⁷⁷. Sözleşme kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediği hususunda yapılan yargısal denetim bakımından ise, İHAM'nin zorunlu yargı yetkisi de Türkiye tarafından kabul edilmiş olduğundan, Mahkeme'nin verdiği kararlara da uyması gerekecektir⁵⁷⁸.

aaaa. Sınırlamanın Kanunla Öngörölmüş Olması

Sınırlamanın “*kanunla öngörölmüş olması*”ndan kasıt, düşünceyi ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılacak her hangi bir müdahalenin ülkenin yasalarında bir temeli olması

⁵⁷⁵ KARASLAN, Erol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi, www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2004-3/6.pdf, (Erişim Tarihi: 12.06.2015), s. 108.

⁵⁷⁶ Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), TBBY: 76, 2005, s. 85 vd., ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), s. 135 vd., ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru, www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/46/1/yilmaz.pdf, (Erişim Tarihi: 15.06.2015), s. 44, 45. KABOĞLU, İbrahim Ö., İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), s. 221 vd., KUZU, Burhan, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), s. 27 vd.

⁵⁷⁷ ALİEFENDİOĞLU, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), s. 134, SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, GÜHFD, Cilt: XIII, Yıl: 2009, Sayı: 1-2, s. 264.

⁵⁷⁸ İHAS'nın 46. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*”

Ancak belirtmek gerekir ki, Mahkeme'nin, Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğine ilişkin kararı kendiliğinden iç hukukta sonuç doğurmamaktadır. Mahkeme, aykırılığını tespit ettiği işlemi bozabilme, iptal edebilme yahut değiştirebilme yetkisine sahip değildir. Bu yetki, davalı konumundaki devlete ait bir yetkidir ve Mahkeme'nin kararının yerine getirilmesi için kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmede serbesttir. KARASLAN, Erol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi, www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2004-3/6.pdf, (Erişim Tarihi: 12.06.2015), s. 124, 125., ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf, (Erişim Tarihi: 12.06.2015), s. 63, 64.

gerektiğidir⁵⁷⁹. Kural olarak, bunun anlamı parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aleni bir yasa olmakla beraber⁵⁸⁰, hak ve özgürlüklerin hangi tür düzenleyici tasarruflarla düzenleneceği (sınırlamalar vb. gibi) bir iç kamu hukuku sorunudur. Sözleşme dilindeki “kanun” kavramı iç hukukta kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat vb. bir soyut norm koyan yani düzenleyici tasarruf olarak kabul edilebilir⁵⁸¹. Şu halde, kanun kavramından anlaşılması gereken şey, şekli anlamda değil, maddi anlamda kanundur. Söz konusu husus, üye devletlerin takdirine bırakılmış olmakla beraber, sınırlamaların dayandığı düzenlemelerin, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yeterli ve Sözleşme ile uyum içinde olması gerekmektedir⁵⁸².

Nitekim, *Barthold v. Almanya* davasında, Mahkeme, sadece doğrudan parlamentodan çıkanları değil aynı zamanda Veteriner Hekimler Birliği’nden çıkan kuralları da “kanun” olarak 10. maddenin ikinci fıkrası kapsamında kabul etmiştir⁵⁸³. Aynı şekilde, *Leader v. İsveç* kararında Mahkeme, İsveç Resmi Gazetesi’nde yayımlanan Personel Kontrol Yönetmeliği’ni “kanun” kapsamında kabul etmiş ve dava konusu sınırlamanın iç hukukta geçerli bir yasal temeli olduğunu ifade etmiştir⁵⁸⁴.

İHAM, çok az sayıda davada, örf ve adet hukuku kurallarının veya uluslararası hukuk ilkelerinin ifade özgürlüğüne müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini kabul etmiştir⁵⁸⁵.

İHAM’ne göre, sınırlamanın yasa ile yapılması gerekli fakat yeterli değildir. Zira sınırlamayı öngören kanunun tüm vatandaşlar tarafından “ulaşılabilir” olmasının yanında aynı zamanda belirli bir davranışın sonuçlarını makul ölçüde gösterebilecek ölçüde “açık ve belirgin”, bir başka ifadeyle “öngörülebilir” olmalıdır⁵⁸⁶.

⁵⁷⁹ Örneğin, başkalarına hakaret ettiği için hüküm giyen bir gazeteciyle ilgili bir dava söz konusu olduğunda, hakaret suçunun ya da yayın yasağı veya bir ifadenin yayılması için kullanılan araçlara (kitap, gazete, fotoğraf makinesi vb.) el konulması kararı alındığı ve uygulandığında yahut bir gazete bürosu arandığında veya bir yayın istasyonunda yayın durdurulduğunda ve istasyon yayından men edildiğinde, ülke yasalarında bu suç ya da tedbirlere ilişkin hukuki hükümlerin bulunması gerekir. **MACOVEI**, s. 56

⁵⁸⁰ **MACOVEI**, s. 56, **AĞIRBAŞLI**, s. 96.

⁵⁸¹ **ÖZBEY, Özcan**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, AÜHFD, Cilt: 62, Sayı: 1, 2013, s. 102.

⁵⁸² **ÜNAL**, s. 50

⁵⁸³ **Barthold v. Almanya**, Başvuru No. 8734/79, 25.03.1985, **BIÇAK, Vahit**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002, s. 58 vd.

⁵⁸⁴ **Leander v. İsveç**, Başvuru No. 9248/81, 26.04.1987, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

⁵⁸⁵ **MACOVEI**, s. 56, **ULUSOY ÇELİK, Demet**, A Comparative Study of the Freedom of Expression in Turkey and EU, The Turkish Yearbook of International Relations, Vol.44, 2013, s. 86.

⁵⁸⁶ **KOCASAKAL/AKSOY/MEMİŞ**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, CHDY No: 1, s. 31, TCK’nun 301 maddesinde yer alan “Türklük” ifadesinin, başvurucular tarafından aşırı muğlak olduğunun ve bu nedenle “hukukten öngörülebilirliğin” ortadan kalktığı iddia edildiği Hrant Dink kararında ise Mahkeme, “Kapsamı oldukça geniş olan Türklük ifadesinin, başvurucuların ileri sürdüğü gibi ilgili normun öngörülebilirliğini ve ulaşılabilirliğini zedeleyip

“Öngörülebilirlikten” kasıt, vatandaşların, davranışlarını düzenlemelerine imkân sağlayacak ölçüde, kuralların açıklıkla formüle edilmesi, davranışının sonuçlarını öngörebilmesidir⁵⁸⁷.

Mahkeme’nin bu konudaki içtihatlarına göre müdahalenin, bireye davranışı düzenleme imkânı verecek açıklıkta formüle edilmiş olan ve yeterince ulaşılabilir nitelikte bir iç hukuka dayanması gerekir. Bireyin, gerektiği takdirde bir danışmandan yardım almak suretiyle davranışlarını düzenleme imkânının olması, kanunun öngörülebilirlik şartını ihlal etmemektedir⁵⁸⁸. Zira belirginlik, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olduğunda vazgeçilmez bir ölçüt olup, kanunun idari makamlara ve yargıçlara aşırı takdir yetkisi tanıyacak belirsizlikte olmamalıdır⁵⁸⁹.

Ancak ifade etmek gerekir ki, Mahkeme, kanunları yaparken mutlak bir belirginlik sağlamanın imkânsız olduğunu da kabul etmiştir⁵⁹⁰.

Şu halde, ifade özgürlüğünün kullanımına yapılacak bir müdahalenin iç hukuktaki düzenlemesi, kişiye davranışlarını düzenleyebileceği bir alanın oluşturulması ya da gerekli özeni göstermediği takdirde karşılaşacağı riski değerlendirebileceği açıklıkta kaleme alınması şeklinde ortaya çıkmalıdır⁵⁹¹. “Ulaşılabilirlik” bakımından ise Mahkeme, *Leander*

zedelemediğini belirlemek gereklidir. Yargıtay bu ifadeyi Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları değerleri ve gelenekleri içerecek şekilde yorumladığı ölçüde, Anayasadaki tüm Türk yurttaşlarını etnik ya da dini aidiyetlerine bakılmaksızın kapsayan Türk tanımıyla çelişir bir durum ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, bu açıdan başvuru Fırat Dink’in TCK’nın 301. maddesinden suçlanmasının öngörülebilirliği konusunda ciddi şüpheler ortaya çıkabileceği görüşündedir.” kanaatine varmıştır. **Hrant Dink v. Türkiye**, Başvuru No. 2668/07, 14.09.2010, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

Aynı şekilde Akçam davasında Mahkeme, TCK’nın 301. maddesindeki terimlerin tamamının “çok geniş ve belirsiz” olduğunu, bu durumun ise ifade özgürlüğü bakımından sürekli bir tehdit oluşturduğunu, kişilerin hareketlerinin sonuçlarını öngörme imkânını ortadan kaldırdığını belirtmiştir. **Akçam v. Türkiye**, Başvuru No. 27520/07, 25.10.2011,

Benzer kararlar için bkz. **Kayasu v. Türkiye**, Başvuru No. 64119/00 ve 76292/01, 13.11.2008, **Piroğlu ve Karakaya v. Türkiye**, Başvuru No. 36370/02, 37581/02, 18.03.2008, **Ahmet Yıldırım v. Türkiye**, Başvuru No. 3111/10, 18.12.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

⁵⁸⁷ **BIÇAK**, s. 15,

“İHAM’in yerleşik içtihadına göre, bir kanun uygulanacağı her kişinin bu yasa uyarınca davranışlarını uyarlamasına imkân verecek açıklıkta yazılması halinde öngörülebilir kabul edilecektir.” **Ahmet Yıldırım v. Türkiye**, Başvuru No. 3111/10, 18.12.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015).

⁵⁸⁸ **Barthold v. Almanya**, Başvuru No. 8734/79, 25.03.1985, **BIÇAK**, s. 58 vd.

⁵⁸⁹ **KABOĞLU**, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), s. 296,

Anayasa Mahkemesi’ne göre ise, “Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” **Any.Mh. 2013/3 E.**, 2013/65 K., 22.05.2013, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130712-16.htm>, **Any.Mh. 2014/4705**, 29.05.2014. (Youtube kararı), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.11.2016).

⁵⁹⁰ **Sunday Times v. Birleşik Krallık**, Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979, **BIÇAK**, s. 97.

⁵⁹¹ **AKGÜL**, s. 24

v. *İsveç* kararında belirttiği üzere, yasanın yayımlanmasının, “ulaşılabilirliği” şüpheye yer bırakmayacak şekilde sağladığı kanaatindedir⁵⁹².

Kanunun mutlaka yazılı olması şart olmayıp, kanun deyimi, hem yazılı hem de yazılı olmayan hukuk kurallarını kapsamaktadır. Bu anlamda Mahkeme için önemli olan husus, yasanın ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması olup, örf, adet ya da teamüller yahut mesleki etik kurallar dahi sınırlamanın nedenini oluşturabilir⁵⁹³.

Mahkeme bu hususu *Malone v. Birleşik Krallık* kararında açıkça belirtmiştir. Mahkemeye göre, “25 Mart 1983 tarihli *Silver ve Diğerleri* kararında, en azından mahpusların haberleşmesine müdahaleler söz konusu olduğunda, 8(2). fıkrasındaki ‘hukuka uygun olarak’ ifadesinin, bununla benzerlik taşıyan 10(2). fıkrasındaki ‘hukukun öngörülmüş’ ifadesine uygulanmak üzere, 26 Nisan 1979 tarihli *Sunday Times* kararında belirtilen genel prensiplerin ışığında yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Bu prensiplerden birincisi, ‘hukuk’ kelimesinin, sadece yazılı hukuku değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğidir.”⁵⁹⁴

Diğer yandan, söz konusu sınırlamanın karşılığında öngörülen yaptırımın “ceza” olması halinde de Mahkeme’nin aynı kanaatte olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira İHAM, Sözleşme’nin “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı 7. maddesi metninde ifade edilen “hukuk” ibaresini, mutlaka parlamento tarafından vücuda getirilmiş bir “kural” olarak anlamamakta, yazılı olmayan hukuku (common law), idarenin düzenleyici işlemlerini ve yerleşik mahkeme içtihatlarını da bu kapsamda değerlendirmek üzere, şekli anlamda değil, maddi anlamda bir kanunun varlığını yeterli görmektedir⁵⁹⁵.

⁵⁹² *Leander v. İsveç*, Başvuru No. 9248/81, 26.04.1987, *Piroğlu ve Karakaya v. Türkiye*, Başvuru No. 36370/02, 37581/02, 18.03.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

Anayasa Mahkemesi’ne göre de “...Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır...” *Any.Mh. 2013/2187, 19/12/2013*, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140107-8.pdf>, *Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014*. (Youtube kararı), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

⁵⁹³ *KOCASAKAL/AKSOY/MEMİŞ*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, CHDY No: 1, s. 32, “Mahkeme, ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki ‘hukuk’ sözcüğünün sadece ‘yasa’yi değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır. Bu nedenle mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukukun bir mevzuat olmayıp, ‘common law’ın bir ürünü olmasının, Mahkeme bakımından bir önemi yoktur. ‘Common Law’ tarafından konan bir yasağın, mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle ‘hukukun öngörmediği’ bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme’yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Aksi takdirde ‘common law’a sahip olan Sözleşme’ye taraf bir Devlet, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasının korumasından yoksun kalacak ve Devletin hukuk sistemi temelinden sarsılacaktır.” *Kafkaris v. Cyprus*, Başvuru No. 21906/04, 12.02.2008.

⁵⁹⁴ *Malone v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 8691/79, 02.08.1984, <http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m8/Malone-Karar.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.12.2016).

⁵⁹⁵ *TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK*, s. 270, *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979, *BİÇAK*, s. 48, 49.

Nitekim Remer Depeschen isimli bir yayının editör ve aynı zamanda yazarı olan emekli general başvuranın, söz konusu yayının 1991 yılı Haziran, Ağustos, Aralık ve 1992 yılı Şubat ve Nisan sayılarında, Nazi döneminde toplama kamplarında gaz odalarının hiçbir zaman olmadığına ve diğer sayılarda ise Auschwitz kampında dört milyon Yahudi'nin gaza maruz bırakılması yalanlarına karşı halkın bilgilendirilmesine ilişkin makaleler yayınlanması nedeniyle hakkında Alman Ceza Kanunu'nun (ACK) 130. ve 131. maddeleri gereğince nefrete tahrik ve ırksal nefret yaratma suçlarından hüküm kurulduğu *Remer v. Almanya* davasında Mahkeme (Komisyon), sınırlamanın ACK'nun 130. ve 131. maddelerinde belirtilmek suretiyle kanunla öngörülmüş ve ulaşılabilir olduğuna değindikten sonra, söz konusu davalarda Alman Mahkemeleri'nin içtihat hukuku da göz önünde bulundurulduğunda, başvuranın, davranışlarının neticelerini öngörebileceği hususunun oldukça açık olduğuna kanaat getirmiştir.⁵⁹⁶

bbbb. Sınırlamanın Meşru Bir Amaca Dayanması

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşru sayıldığı haller, İHAS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Bu nedenler, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınmasıdır.⁵⁹⁷

Bu nedenle, Sözleşme'nin 18. maddesinde belirtildiği üzere⁵⁹⁸, bu nedenler dışında bir nedene dayanılarak getirilecek olan bir sınırlama, meşru bir amaca dayalı sınırlama olarak kabul edilmeyecektir.⁵⁹⁹

“Sözleşme'nin 7. maddesinin kapsamı ceza kanununun sanığın aleyhine geriye yürürlük olarak uygulanmasını yasaklamakla sınırlı değildir; bu madde ayrıca, daha genel olarak, bir suçun ve bir suç için öngörülen cezanın sadece kanun tarafından düzenlenebileceği ilkesini (nullum crimen, nulla poena sine lege) ve ceza kanununun, örneğin kıyas yoluyla, sanığın aleyhine genişletilerek yorumlanmaması ilkesini içermektedir. Bu ilkelere çıkan sonuca göre, bir suç kanunda açıkça tanımlanmış olmalıdır. Bir kimsenin ilgili kanun hükmünün metninden ve gerektiği takdirde bunun mahkemeler tarafından yapılan yorumundan, hangi eylem veya ihmali kendisini cezai bakımdan sorumlu kılacağını bilebilecek durumda olması halinde, bu şart yerine getirilmiş olur. Sözleşme'nin 7. maddesi 'hukuktan' söz ederken, maddenin Sözleşme'nin başka herhangi bir yerinde geçen hukuk kavramıyla aynı şeyi kast etmektedir. Yazılı olduğu gibi yazılı olmayan hukuku da içeren bu kavram, özellikle ulaşılabilirlik ve önceden öngörülebilirlik niteliklerinin bulunmasını gerektirmektedir.” **Kononov v. Letonya, Başvuru No. 36376/04, 17.05.2010,** http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/18KONONOV-LETONYA.pdf, (Erişim Tarihi:13.07.2016)

⁵⁹⁶ **Remer v. Almanya, Başvuru No. 25096/94, 06.09.1995,** <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi:13.07.2016).

⁵⁹⁷ **AKGÜL**, s. 24.

⁵⁹⁸ **İHAS m. 18)** “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.”

Diğer bir husus, üye devletin, Sözleşme’de tanınan haklara kısıtlama getirirken, bu kısıtlamanın, iç hukukta yasal bir temelinin olup olmadığı ve Sözleşme’de ifade edilen meşru amaçlarla örtüşüp örtüşmediğini gerekçelendirmesi gerektiğidir. Nitekim İHAM, önüne gelen davada, bu kısıtlamanın iç hukukta yasal bir temeli olup olmadığını yahut bu sınırlama nedeninin, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hakları koruma amacına hizmet edip etmediğini incelemektedir⁶⁰⁰.

cccc. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

Düşünceyi ifade özgürlüğünün, açıklanan düşüncenin gerek bireysel gelişimi sağlaması, gerek kamuoyunun sağlıklı hale gelmesi ve gerek ise demokratik meşruiyetin sağlanmasında kendisini gösterdiği, bu nedenle, demokratik toplum açısından gerekli olmadığı sürece, sınırlamaya elverişli olmadığı ifade edilmiştir⁶⁰¹.

İHAM’ge göre, “Mahkeme, 10. maddenin birinci fıkrasında tanınan ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu ve toplumun gelişmesi için temel koşullardan biri olduğunu hatırlamaktadır. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasına tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil; fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz⁶⁰². İfade özgürlüğü, Sözleşme’nin 10. maddesindeki bazı istisnalara tabidir; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalıdır ve kısıtlamaların gerekliliği ikna edici bir şekilde ortaya koyulmalıdır⁶⁰³.”

Böylece Mahkeme, demokratik bir toplumda sınırlamanın gerekliliği bakımından ilk olarak, farklı düşüncelerin ifadesinin, sırf farklı oldukları için bir sınırlamaya tabi tutulamayacağı görüşündedir. Zira demokratik bir toplumda, çoğulculuk ve çok seslilik esastır. Bununla birlikte, farklı düşüncelerin ifade edilmesi, bir sınırlama sebebi olmamakla

⁵⁹⁹ ULUSOY ÇELİK, s. 86., KOCASAKAL/AKSOYMEMİŞ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, CHDY No: 1, s. 32.

⁶⁰⁰ ULUSOY ÇELİK, s. 88.,

⁶⁰¹ CAN, Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, s. 5.

⁶⁰² Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976, Castells v. İspanya, Başvuru No. 11798/85, 23.04.1992, AVRUPA’DA DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat, Çev. Durmuş TEZCAN, Avrupa Konseyi, 2002, s. 42, BİÇAK, s. 98-100,

⁶⁰³ Kayasu v. Türkiye, Başvuru No. 64119/00, 13.11.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

beraber, söz konusu farklı düşüncenin ifade şeklinin herhangi bir kesimi incitmesi, şok etmesi ya da rahatsız etmesi de bir sınırlama sebebi olarak görülmemelidir⁶⁰⁴.

Mahkeme bakımından ifade özgürlüğünün bu anlamda sınırlandırılmasının temel gerekçesini, düşüncenin ifadesinin şiddete teşviki oluşturduğu⁶⁰⁵, ırkçı, nefret içerikli, düşmanca ve hoşgörüsüz nitelendirilebilecek fikirlerin, demokratik olmayan yöntemlerin kullanıldığı veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan kaldırmayı hedefleyen eylemlerin işlendiği haller olduğunu söylemek mümkündür⁶⁰⁶.

Başkaya Okçuoğlu v. Türkiye davasında Mahkeme, başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini tespit ederken, davaya konu olan kitapta Kürt sorunu ve uluslararası boyutuyla ilgili ifade edilen görüşlerin şiddeti teşvik ettiğinin veya şiddeti teşvik etmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı kanaatine vardığını ifade etmiştir⁶⁰⁷. Aynı şekilde, *Odabaşı Koçak v. Türkiye* davasında da Mahkeme, Atatürk'ün anısına ve İstiklal Marşı'na hakaret etme suçu ile itham edilen başvuranın, yazdığı kitapta Kemalizm'in eleştirisini yaptığını, kitapta kullanılan terimlere özellikle dikkat edildiğini ve bu bölümlerin ne şiddet kullanımını, silahlı direnişi ne

⁶⁰⁴ **Murat Vural v. Türkiye, Başvuru No. 9540/07, 21.10.2014**, http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/vural_9540-07.pdf, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. **Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı)**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016), **Any. Mh. 2013/409, 25.06.2014**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015),

Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. **YCGK, 2004/8-130 E., 2004/36 K., 23.11.2004, Yarg.8.CD., 2013/1567 E., 2013/5627 K., 15.02.2013, Yarg.8.CD., 2013/12126 E., 2013/20425 K., 10.07.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com**, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

⁶⁰⁵ **KORKUT, Levent**, İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi, ABD, Yıl: 65, Sayı: 1, 2007, s. 26, "İHAM bununla birlikte gözlemlemektedir ki, söz konusu makale dizisi, bütününe bakıldığında ne şiddet kullanımını teşvik etmekte, ne de insanları silahlı mücadele ya da ayaklanmaya yönlendirmektedir ki bu, Mahkeme açısından göz önünde bulundurulacak temel unsurdur." **Dink v. Türkiye Davası, Başvuru no:2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 11.12.2015),

"Somut davada Mahkeme, ihtilaflı makalede, Kürt sorunun çözümü için genel af yasasının önemi ve gerekliliğinin altı çizilerek demokratik bir çözüm yolu isteyen hapisanede KADEK üyelerinin beyanlarına atfta bulunduğu tespit etmiştir. Söz konusu açıklamalarda bu örgütün lideri olan Abdullah Öcalan'ın tutukluluk koşulları ve pişmanlık yasasının durumu ve yeniden uygulamaya konulması ile ilgili mevzuat hükümleri de eleştirilmiştir.

Mahkeme, özellikle terörle mücadeleye bağlı zorlukların yanı sıra incelemeye tabi tutulan durumu çevreleyen koşulları göz önünde bulundurarak, bu makalede kullanılan ifadeler ve yayının içeriğini dikkatle incelemiştir. Mahkeme, bu makalenin bütünüyle değerlendirildiğinde, şiddete, silahlı direnişe ya da isyana teşvik içerikli olmadığını ve bu makalede Mahkeme'nin nazarında dikkate alınması gereken en önemli unsur olan herhangi bir nefret söyleminin de kullanılmadığını tespit etmiştir."

Ahmet Sami Belek ve Savaş Veliöğlu v. Türkiye Davası, Başvuru no: 2014/44227, 06.10.2015, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:12.11.2015)

⁶⁰⁶ Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. **Any. Mh. 2013/409, 25.06.2014**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.12.2015).

Any.Mh. 2013/2602, 23.01.2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016),

Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. **Yarg.8.CD., 2013/1567 E., 2013/5627 K., 15.02.2013, Yarg.8.CD., 2013/12126 E., 2013/20425 K., 10.07.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com**, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

⁶⁰⁷ Kitabın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Başkaya Okçuoğlu v. Türkiye, Başvuru No. 23536/94 ve 24408/94, 08.07.1999**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

başkaldırını ne de kin dolu bir söylemi içerdiğini değerlendirmek suretiyle, söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2 fıkrası uyarınca “*demokratik bir toplum için zorunluluk*” oluşturmadığına hükmetmiştir⁶⁰⁸.

Leroy v. Fransa kararında ise Mahkeme, bir karikatürist olan başvuranın, 11 Eylül 2001 tarihinde Dünya Ticaret Merkezi'ne gerçekleştirilen saldırıdan çok kısa bir zaman sonra, 13 Eylül 2001 tarihinde, çizdiği karikatürün altına “*Hepimiz bunun hayalini kurduk... Ama Hamas gerçekleştirdi.*” şeklinde yazı yazmasını, karikatürün çizildiği zaman, yer ve olayların taze olmasını ve çizimin de insanlarda tepkiye yol açtığını göz önünde bulundurarak, şiddetin tasdiki ve teşviki olarak nitelendirmiştir⁶⁰⁹.

2003 yılında, solcu bir miting sırasında ceketine kıızıl yıldız taktığı için hakkında soruşturma açılan *Vajnai v. Macaristan* davasında ise Mahkeme, mitingin barışçıl nitelikte olduğuna, yeni komünist diktatörlüğün oluşması bakımından gerçek ve güncel bir tehlikenin bulunmadığına değinmiş ve başvuranın kendini ifade etme şekli ile muhtemel bir şiddetin gerçekleşmesi hali arasında bir bağlantı kuramamıştır⁶¹⁰.

“*Demokratik bir toplumda gereklilik*” kıstasının oldukça müphem bir kavram olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira sözleşmeye taraf olan ülkeler bakımından çok farklı siyasi sistemlerin uygulandığı göz önünde bulundurulduğunda, ortak bir demokratik toplum anlayışının varlığı tartışmalıdır. Ancak yine de bu konuda Mahkeme'nin, içtihatlarında çeşitli alt kıstaslar belirlediğini söylemek yanlış olmayacaktır⁶¹¹. Bu anlamda İHAM, demokratik toplumun gereği şartını, davanın kendine has özelliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir⁶¹². Mahkeme bu kavramı hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuk olarak yorumlamakla birlikte demokrasilerde kişisel çıkarların, gerektiğinde grubun çıkarlarına tabi olabileceğini belirtmektedir. Bu ise, her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün olduğu anlamına gelmeyip, azınlık üyelerine adil muamele yapılmasının zorunluluğunu ve çoğunluk pozisyonunun kötüye kullanılmasını engelleyen bir dengenin kurulmasını gerektirir⁶¹³. Diğer yandan Mahkeme, düşünciyi ifade özgürlüğüne getirilecek bir

⁶⁰⁸ **Odabaşı Koçak v. Türkiye**, Başvuru No. 50959 /99, 21.02.2006, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

⁶⁰⁹ **BUYSE, Antoine**, Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, April 2014, s. 500.

⁶¹⁰ **BUYSE**, Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech, *International and Comparative Law Quarterly*, s. 500, 501, **KOLTAY**, s. 6.

⁶¹¹ **JONES**, s. 593, **KOCASAKAL/AKSOY/MEMİŞ**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 33.

⁶¹² **AKGÜL, Mehmet, Emin**, İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması, *AÜHFD*, Yıl: 2012, Cilt:61, No:1, s. 24

⁶¹³ **AĞIRBAŞLI**, 97.

sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususunda, üye devletlerin belli bir takdir yetkisinin olduğunu da kabul etmektedir⁶¹⁴.

Mahkeme'nin bu değerlendirmeyi yaparken, yararlandığı kıstaslardan biri “*orantılılık*” kıstasıdır. Mahkeme, burada, uygulanan tedbir ya da mahkûmiyet ile ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının amacı arasında makul bir dengenin olup olmadığını değerlendirmektedir. Bir başka deyişle, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından

⁶¹⁴ JONES, s. 594,

Belirtmek gerekir ki, İHAM'nin kararlarında sık sık atfı yaptığı takdir yetkisinden kasıt, üye devletlere Sözleşme kapsamındaki bir hakkın sınırlandırılması konusunda verilen yetkidir. Söz konusu yetki, bireylerin temel haklarını sınırlandırırken, kamu yararı ile bireylerin menfaatleri arasında bir denge kurulmasını amaçlamakla birlikte salt 10. madde kapsamındaki davalar bakımından değil, Sözleşme'nin 2, 3, 4 ve 7. madde hükümleri dışındaki diğer hükümlere ilişkin davalarda da göz önünde bulundurulmaktadır. Üye devletlere verilen bu takdir yetkisinin temel anlamı, İHAM'nin iç hukuk sistemine göre ikincil bir yere sahip olduğudur. Bu anlamda, İHAM'nin devletlerin egemenlik haklarına ve hukuk sistemlerine duyduğu saygı, her ülkelerin kendi yerel şartlarının değişiklik göstermesi ve diğer yandan tarihi ve kültürel farklılıklar gereğince, davanın olayları ve aktörleri ile doğrudan ilişkisi olan ulusal hakimlerin yerine geçip onun adına karar vermesi mümkün olmamakla birlikte, Mahkeme'nin bu husustaki yetkisi, üye devletlerin takdir yetkilerini kullanırken, yetki sınırlarını aşmış olduğunu denetlemektir. Şu halde, üye devletler bir hak ya da özgürlüğü, Sözleşme kapsamındaki bir meşru amacı gerekçe göstererek sınırlandırmış olabilirler. Bu meşru amacın yorumlanması her üye devletin kendi takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmekle birlikte, İHAM'nin bu sınırlandırma nedenlerinin somut olayda baskın bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve orantılı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı hususunda değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Dahası Mahkeme, üye devletlerin sınırlama nedenlerine ilişkin gösterdikleri gerekçeleri de yetersiz bulabilir. Zira İHAM'ın temel fonksiyonu, insan haklarının uluslararası standartlarda korumasını sağlamak bakımından, üye devletlerin özerk bir statüye ulaşmasını desteklemektir.

Diğer yandan, üye devletlerin takdir yetkisi davanın koşul ya da şartlarına göre genişleyebilir veya daralabilir.

Bir başka ifadeyle, üye devletin takdir yetkisine ilişkin değerlendirme, sınırlanan hak ve ya özgürlüğün niteliği, söz konusu sınırlamanın ağırlığı, sınırlamanın temelini oluşturan meşru amaç yahut davaya konu olan olay üzerinde üye devletlerin arasında genel bir anlaşmanın var olup olmadığına göre yapılır. Bu anlamda örneğin üye devletlerin, kişinin özel yaşamı, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, siyasi partilerin örgütlenmesi ve çalışmaları gibi davalarda takdir yetkilerinin dar olduğu kabul edilirken, ekonomik ve sosyal hayatın düzenlenmesi yahut çevre ve imar düzenlemeleri konularında daha geniş bir takdir yetkilerinin olduğu üzerinde durulmaktadır. Din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin davalarda, bu davalara konu olan özgürlüğün niteliği ve dolayısıyla uygulanabilecek ortak bir standardın olmaması gereği, ifade özgürlüğüne ilişkin davalara oranla üye devletlerin daha geniş bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilebilmektedir. Bu anlamda, söz konusu yetkinin sınırları değerlendirilirken, Sözleşme'deki hakların hiyerarşik bir biçimde ele alındığını ifade etmek mümkündür. Diğer yandan, davaya konu olan hakkın, farklı konulara göre üye devletlerin takdir yetkisini etkilediğini de ifade etmek mümkündür. Nitekim ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde bakımından, devletlerin haber alma özgürlüğü ve politik konulardaki takdir yetkisi, ticari konulara göre daha dar niteliklidir. Hak ya da özgürlüğün sınırlandırılmasının temelini oluşturan meşru amaç bakımından ise, genel ahlak, sağlık, ulusal güvenlik gibi subjektif nitelikli unsurların, evresel nitelikteki ölçütlerden daha geniş bir takdir yetkisini gerektirdiğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür. Askeri kurumlarda sınırlamaların alanını belirlemede ise taraf devletler, neredeyse mutlak bir takdir yetkisine sahiptirler. (Bkz. **Memduh Aksoy v. Türkiye, Başvuru No. 45376/99, 03.10.2002, Kalaç v. Türkiye davası, Başvuru No. 20704/92, 01.07.1997, Kemal Yanaşık v. Türkiye, Başvuru No. 14524/89, 06.01.1993**), <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 07.11.2016), **KILINÇ, Ümit**, Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Teorisi ile Devletin Dinlere Karşı Tarafsızlığı Prensibi Üzerine, TAAD, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:7, 2011, s. 97-102, **LUGATO, MONICA**, The “Margin Of Appreciation” and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity, Journal of Catholic Legal Studies, Vol. 52:49, 2013, s. 51, 52, 53, 61, 65, 67, **TORRÓN-MARTÍNEZ, Javier**, Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights Under the Influence of Different European Traditions, Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 17, 2012, www.pass.va/content/dam/scienze/sociali/pdf/acta17/acta17-martineztorron.pdf, (Erişim Tarihi: 15.11.2015), s. 332, **PEI, Sally**, Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights, The Yale Law Journal, Vol. 122, No. 4, 2013, s. 1093, 1094, **TÜMAY, Murat**, The “Margin of Appreciation Doctrine” Developed by the Case Law of The European Court Of Human Rights, Ankara Law Review Vol. 5, No. 2, 2008, s. 202, 203, 212, 215, 219, 221, 231, **ARSLAN**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü, s. 38, 39, 51, **ATAKAN, Arda**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme, MÜHF – HAD, C: 16, S: 3-4, 2010, s. 33-36.

sorulması gereken bir diğer soru şudur: Özgürlüğü sınırlandırma amacı, o amaca ulaşmak için kullanılan araçlarla orantılı mıdır⁶¹⁵?

Burada, “amaç” ile kastedilen, 2. fıkra da sayılan, devletlerin korunması uğruna ifade özgürlüğüne müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarlardan biri ya da birkaçıdır. Dolayısıyla, “amaç”, “ulusal güvenlik”, “kamu düzeni”, “ahlâk”, “başkalarının hakları” gibi, devlet tarafından öne sürülen spesifik çıkarlardır. “Araç”tan kasıt ise, cezai mahkûmiyet, tazminat ödemeye mahkûm edilme, bir düşüncenin ifade edilmesi için kullanılan araca el koyma gibi müdahalelerdir⁶¹⁶. Bu anlamda orantılılık değerlendirilmesi yapılırken, kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengenin kurulup kurulmadığı sorunu tespit edilmektedir⁶¹⁷.

İHAM’a göre, “Verilen cezaların niteliği ve ağırlığı da orantılılığın değerlendirilmesi sırasında dikkate alınacak bir unsurdur.”⁶¹⁸

Nitekim Sincan’da bir ilkokul bahçesinde bulunan Atatürk heykelini, Kemalist ideolojiyi eleştirmek amacıyla ayrı ayrı beş defa boyayan ve karşılığında hakkında 5816 sayılı “Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun” un 2. maddesi gereğince, 22 yıl 6 ay hapis cezasıyla birlikte seçme ve seçilme hakkından yoksun bırakılmaya hükmedilen *Murat Vural v. Türkiye* davasında Mahkeme, başvuranın işlediği fiil karşılığında verilen cezanın, oldukça ağır olduğu, sınırlamanın Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki meşru amaçla ağır bir şekilde orantısız bulunduğu ve bu nedenle böyle bir sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle, Sözleşme’nin 10 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶¹⁹.

⁶¹⁵ MACOVEI, s. 67,

Anayasa Mahkemesi’ne göre de ölçülülük, “amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.” Any. Mh. 2013/67 E., 2013/164 K., 26.12.2013, Sebahat Tuncel Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2012/1051, 20/2/2014, Any. Mh. 2013/409, 25.06.2014, Any. Mh. 2013/2602, 23/1/2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016),

“TİB tarafından URL bazlı tesis edilmesi gerekli olan idari tedbirlerin yalnızca hukuka aykırılığı tespit edilen içeriğe yönelik olarak uygulanabilecek ve daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgili olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişiminin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır.” Any.Mh. 2014/4705, 29.05.2014. (Youtube kararı), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

⁶¹⁶ MACOVEI, s. 66, 67.

⁶¹⁷ KILINÇ, s. 99.

⁶¹⁸ Gerger v. Türkiye, Başvuru No. 24919/94, 08.07.1999, hudoc.echr.coe.int, <http://www.tohav.org/aihm/polat.pdf>, (Erişim Tarihi:10.10.2015).

⁶¹⁹ Murat Vural v. Türkiye, Başvuru No. 9540/07, 21.10.2014, http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/vural_9540-07.pdf, (Erişim Tarihi: 11.12.2015).

“Orantılılık” dışında Mahkeme’nin göz önünde bulundurduğu diğer bir kıstas, kısıtlamanın “*baskın bir toplumsal ihtiyaca*” cevap verip vermediği kıstasıdır.

Nitekim Mahkeme’ye göre, “*Uyuşmazlık konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesi, Mahkemeye bu müdahalenin ‘baskın bir toplumsal ihtiyaca’ cevap verip vermediğini, izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve ulusal otoriteler tarafından bu müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürülen gerekçelerin yeterli ve tatmin edici olup olmadığını araştırma görevini yükler. Böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmek için ve bu ihtiyaçları yerine getirmek için hangi önlemlerin kabul edilmesi gerektiği konusunda ulusal otoriteler belirli bir takdir yetkisine sahiptirler. Ancak bu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp, bir Avrupa kontrolüne tabidir. Dolayısıyla Mahkeme nihai merci olarak müdahaleyi oluşturan ‘kısıtlamanın’ ya da ‘yaptırımın’ 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğüyle bağdaşp bağdaşmadığını kontrol etme yetkisine sahiptir.*”⁶²⁰,

Şu halde, “*demokratik toplumda gerekli olma*” şartının tespitinde, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin baskın bir toplumsal ihtiyacı karşılamaya uygun olup olmadığı ve müdahaleyi haklı çıkarmak için kamu gücünün öne sürdüğü gerekçelerin amaca uygunluğu ve yeterliliği önem kazanmaktadır⁶²¹.

Baskın toplumsal ihtiyaç değerlendirilirken ise, ifade edilen hususların içeriği, kim tarafından ifade edildiği, ifade edenin konumu, genel olarak kamusal tartışmaya bir katkı sağlayıp sağlamadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır⁶²².

İHAM, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması kriterindeki “*gereklilik*” ibaresinin, “*zorunlu*” sıfatıyla aynı anlama gelmediği gibi, “*kabul edilebilir*”, “*olağan*”, “*yararlı*”, “*makul*”, “*arzu edilen*” ifadelerinin esnekliğine de sahip olmadığını ve bir “*toplumsal ihtiyaç baskısı*”nın varlığına işaret ettiği şeklinde açıklamıştır⁶²³.

Başkaya Okçuoğlu v. Türkiye davasında ise Mahkeme, “*başvuru sahiplerine uygulanan cezaların ağırlığı – özellikle de Sn. Başkaya ve Sn. Okçuoğlu’nun sırasıyla bir yıl sekiz ay ve beş ay olmak üzere hapis cezası ile cezalandırılmış olması ve önemli düzeylerde para cezalarına çarptırılmalarını şaşırtıcı bulmuştur. Ayrıca, kitabın baskıları otoriteler tarafından toplatılmış ve Sn. Başkaya üniversite profesörlüğü görevinden atılmıştır. Mahkeme bu bağlamda, müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde uygulanmış olan cezaların niteliği ve ağırlığının da dikkate alınması gerektiği görüşündedir.*” ifadelerine yer vermiştir **Başkaya Okçuoğlu v. Türkiye, Başvuru No. 23536/94 ve 24408/94, 08.07.1999**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

⁶²⁰ **Gündüz v. Türkiye, Başvuru no. 35071/97, 04.12.2003**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

⁶²¹ **AKGÜL**, s. 24,

Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. **Any.Mh. 2013/2602, 23.01.2014**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-9.pdf>, (Erişim Tarihi:05.11.2016).

⁶²² **ULUSOY ÇELİK**, s. 89.

⁶²³ **Sunday Times v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979**, (59. Parg.), <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

Üye devletlerin, “gereklilik” ibaresinin yorumlanmasında bir takdir hakkı söz konusu ise de bu hak sınırsız değildir. Zira bu takdir hakkı, sınırlamanın zorunlu olmasından kaynaklanmakta olup Mahkeme’nin denetimi altındadır⁶²⁴.

ccc. Düşünceyi İfade Özgürlüğünü Sınırlandırılmasında İHAM’nin TCK’nun

216/1. Maddesini Yorumlaması

İnceleme konumuz bakımından, İHAM’nin, ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği konusunda denetleme yaparken temel olarak belirlediği kıstas, bir ifadenin, şiddet ve nefrete çağrı veya teşvik olmadığı sürece serbestçe dile getirilebileceği ve genel eğilime aykırı, toplumu şok eden, rahatsız eden ifadelerin de ifade özgürlüğünden yararlanacağıdır⁶²⁵.

Daha önce de belirttiğimiz gibi İHAM, 10. maddenin uygulanması bakımından, Amerikan Hukuku’nda geçerli olan “açık ve mevcut tehlike” teorisini kullanmamaktadır. Böylece Mahkeme, 10. madde kapsamında bir değerlendirme yaparken, ifadenin açık ve mevcut bir tehlike yaratıp yaratmadığına değil, Sözleşme’nin temel değerlerine aykırı olup olmadığına bakarak bir değerlendirmede bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bazı yargıçlar, söylemin içeriğine ehemmiyetle yaklaşılması ve önceliğin ona verilmesi gerektiği düşüncesindedirler. İfade özgürlüğünün korunması gerektiğini düşünen diğer bazı yargıçlar ise, içeriğe ehemmiyet gösterilmesinden kaygılanmakta ve şiddetin doğma

⁶²⁴ ULUSOY ÇELİK, s. 89,

Anayasa Mahkemesi de sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması kriterini benzer şekilde yorumlamaktadır. Nitekim Türkiye İletişim Başkanlığı’nın (TİB), twitter sosyal ağına ulaşımın engellenmesi yönünde aldığı kararı, bireysel başvuru yoluyla incelediği davada Mahkeme, “Başvuru konusu olayda TİB’in bazı mahkeme kararlarını gerekçe göstererek twitter.com internet sitesine erişimi engellediği anlaşılmakta ise de dayanak gösterilen kararların incelenmesinden söz konusu kararların sadece belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olduğu, ilk derece mahkemelerince doğrudan twitter.com internet adresine erişimi engellemeye yönelik bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır...Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB’in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan tvitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır...Bu durumda, bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiasının konusunu oluşturan ifade özgürlüğünün demokratik hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında TİB tarafından twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” şeklinde karar vermiştir. **Any.Mh. 2014/3986, 02.04.2014**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140403-18.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.11.2016).

⁶²⁵ KOCASAKAL/AKSOY/MEMİŞ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 47, KORKUT, s. 27.

tehlikesi açısından “açık ve yakın tehlike” bağlamında bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedirler⁶²⁶.

Söz konusu tartışmalara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler, açık ve yakın tehlike teorisine ilişkin açıklamalarda bulunduğumuz bölümde yapılmış olmakla birlikte, burada İHAM’nin konumuza ilişkin kararlarına yer vermek istiyoruz.

Değinmek istediğimiz ilk dava, *Ceylan v. Türkiye* davasıdır. Söz konusu davada İHAM, Petrol - İş eski başkanının Kürt halkının Türkiye’de baskı altında tutulduğunu, ve öldürüldüğüne ilişkin makalesi dolayısıyla, 765 sayılı TCK’nun 312/2. maddesi gereğince mahkumiyetini, başvuranın yazıyı Türk siyasi hayatındaki bir kişi olarak ve sendika temsilcisi sıfatıyla yazdığını, yazının siyasi bir konuşma olduğunu, söz konusu makalenin keskinliğine rağmen şiddet kullanılmasını veya silahlı mücadeleyi veya ayaklanmayı teşvik etmediğini belirtilerek Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶²⁷.

Mahkeme adı geçen davada Türkiye’nin güneydoğu bölgesindeki güvenlik durumunun hassasiyetini göz önünde bulundurarak, düşünceyi ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın meşru amacının, “devlet güvenliği”, “kamu düzeninin korunması” ve “toprak bütünlüğü” olduğunu kabul etmiştir.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususunda ise İHAM, düşünceyi ifade özgürlüğünün, sadece zararsız olarak nitelendirilen “bilgi” ya da “fikirler” için değil, aynı zamanda rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu dile getirmiştir. Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasının anlamı dâhilindeki “gerekli” ibaresinin “baskın sosyal bir ihtiyacın” varlığını gerektirdiğini, böyle bir ihtiyacın var olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından üye devletlerin belli bir takdir yetkisinin olduğunu fakat bu takdir yetkisinin kendi denetimi altında bulunduğunu tespit etmiştir.

Diğer yandan Mahkeme’ye göre söz konusu davada uygulanan ceza da güdülen meşru amaçla orantısızdır. Zira başvurana verilen 1 yıldan 8 aya kadar hapis ve 100.000.-TL para cezası ağır olmakla birlikte, başvuranın Petrol İşçileri Sendikası’ndaki başkanlık görevini kaybetmesi gibi, bir takım siyasi ve medeni haklarını da kaybetmesi dikkate alınmalıdır.

⁶²⁶ FLAUSS, JEAN-FRANCOIS, The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression, Indiana Law Journal, Vol. 84, Iss. 3, Article:3, 2009, <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1124&context=ilj>, (Erişim Tarihi: 11.12.2013), s. 841.

⁶²⁷ Söz konusu makalenin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Ceylan v. Türkiye Başvuru No. 23556/94, 08.07.1999*, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 22.12.2015).

Diğer bir dava *İncal v. Türkiye* davasıdır. Söz konusu davada, Halkın Emek Partisi (HEP) İzmir teşkilatının yöneticisi olan İncal, parti yönetimi olarak İzmir çevresindeki gecekondulara ve seyyar satıcılara yönelik belediye ve valilik uygulamalarını eleştiren bir bildiri dağıtmak için valiliğe başvurmuş, ancak bildiri dağıtılmadan valilik tarafından bildiriye el konularak bildirinin içeriği nedeni ile başvuru hakkında TCK'nun 312. maddesinden dolayı dava açılarak mahkûm olmuştur. Bu mahkûmiyet kararına bağlı olarak yapılan başvuruyu inceleyen Mahkeme, söz konusu müdahalenin dayandığı meşru amacın kamu düzeninin sağlanması olduğunu tespit etmesinin ardından, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı yönündeki araştırmasını yaparken olaya konu bildirinin, hükümet politikaları hakkında çok keskin sözler içerdiğini ve bazı siyasal talepleri dile getirmek için Kürt kökenli yurttaşların diğer yurttaşlar ile birlikte bir araya gelmelerinin önerildiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bildiride şiddete çağrı, kin ve düşmanlık olmadığını altını çizmiş ve bu hususta yetkililerin ceza davası yoluna en son tedbir olarak başvurmaları gerektiğini belirtmiştir. Zira Mahkeme'ye göre, *"Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, şahısları ve hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Dahası, Hükümetin işgal ettiği mevki, özellikle muhaliflerinin veya medyanın eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanmasını gerektirmekteyken, ceza davasına başvurmada hükümetin kendini sınırlı görmesi gerektirir. Ancak yetkili Devlet otoriteleri, kamu düzeninin güvencesi olmaları sıfatıyla, temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalara, aşırıya kaçmadan ve gereği gibi tepki göstermeyi amaçlayan cezai nitelikte önlemleri de almakta serbesttirler."*

Ayrıca bu olayda yetkililerin, bildirinin içeriğinin değiştirilmesini talep edebilme olasılıklarının bulunması gerekçesiyle, müdahalenin (altı ay yirmi gün hapis ve 55 bin 555 TL para cezası, kamu düzenine ilişkin bir suçtan mahkumiyetinin sonucu olarak, kamu hizmetinden ve siyasi kuruluşlarda, sendikalarda veya derneklerde birtakım faaliyetler içinde yer almaktan yasaklanma) ağır (orantısız) olduğuna karar verilmiştir. Bu nedenle

Mahkeme, bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığından bahisle 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶²⁸.

Gündüz kararında ise İHAM, katıldığı canlı bir televizyon programında, yaptığı konuşma⁶²⁹ nedeniyle hakkında 312. madde kapsamında dini temele dayanan kin ve düşmanlığa tahrik dolayısıyla mahkûmiyet kurulan başvuranın Sözleşme'nin 10 maddesindeki haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, başvuranın düşünceyi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru amacının, suçun önlenmesi, ahlakın ve başkalarının haklarının korunması olduğunu tespit etmesinin ardından, Sözleşme'nin üzerine oturduğu değerler kapsamında, dinsel hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlük üzerine kurulu kini yaymaya, haklı kılmaya veya kine teşvik etmeye yönelik ifadelerin Sözleşme'nin 10. maddesindeki korumadan yararlanamayacağını, ancak şeriatı kurmak için şiddete çağırmaksızın sadece savunmanın kine teşvik edici bir konuşma olmadığına karar vermiştir⁶³⁰. Zira Mahkeme, “*başvuru sahibinin ifade özgürlüğüne verilen zararın 10. madde açısından yeterli gerekçelere oturmadığı görüşündedir.*”

Sürek v. Türkiye davasında ise Mahkeme, “*katliam*”, “*zulüm*” ve “*cinayet*” gibi göndermelerin yanı sıra, “*Faşist Türk ordusu*”, “*TC cinayet çetesi*” ve “*emperyalizmin kiralık katilleri*” ibarelerini içeren ve karara konu olan yazıları, ifade edildiği ortamın koşullarına göre değerlendirmek suretiyle, 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme'ye göre, söz konusu davada sınırlamanın temelini oluşturan meşru amaç “*ulusal güvenlik*”, “*toprak bütünlüğünün korunması*” ve “*suçun önlenmesi*” olmakla birlikte, düşünceyi ifade özgürlüğünün, sadece zararsız olarak nitelendirilen “*bilgi*” ya da “*fikirler*” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının anlamı dâhilindeki “*gerekli*” ibaresi “*baskın sosyal bir ihtiyacın*” varlığını gerektirmekte olup, böyle bir ihtiyacın var olup

⁶²⁸ Söz konusu makalenin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **İncal v. Türkiye Başvuru No. 22678/93, 09.06.1998.**

⁶²⁹ “*demokrat (...) ve laik olduğunu söyleyen bir kişi dinsizdir (...). Türkiye’de demokrasi zorbadır, acımasızdır ve dinsizdir. Laik sistem ikiyüzlü ve münafıktır, birilerini bir biçimde diğerlerini farklı biçimde değerlendirir (...). Ben bu sözleri diktatörlük kanunlarına göre suç olduğunu bile bile söylüyorum. Niye konuşmayacağım ki ölümden başka bir yol mu var ki?*” “*Eğer bir kişi Türkiye Cumhuriyeti tarafından yetkilendirilen bir belediye memuru tarafından kıyılan bir nikâh sonrası gerdeğe girerse doğacak çocuk bir piç olur (...)*” ifadelerini kullanılması ve ardından programa katılan bir başka konuk tarafından, Bay Gündüz’ün taraftarlarının amacının demokrasiyi yıkmak ve şeriata dayalı bir rejim kurmak olduğunu söylemesi üzerine başvuranın ona : “*(...) elbette olacaktır, olacaktır.*” biçiminde cevap vermesi ve şeriat rejiminin zorla, kuvvetle ya da silahla değil, fakat insanları inandırarak ve ikna ederek kurulacağını belirtmiştir.

⁶³⁰ **Gündüz v. Türkiye Başvuru No. 35071/97, 04.11.2003, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).**

olmadığının değerlendirilmesi bakımından üye devletlerin belli bir takdir yetkisinin vardır. Fakat bu takdir yetkisi, İHAM'nin denetimi altındadır.

Mahkeme'ye göre, "...yetkililer tarafından Devletin toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin vurgulandığı başvuranın mahkûmiyetine ilişkin nedenleri, başvuranın ifade özgürlüğü aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, "bilgi" ve "görüşlerin" sadece kırıncı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir. Mevcut davada söz konusu olan nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir."

Diğer bir dava Ayşe Öztürk davasıdır.

Söz konusu davada başvuru sahibi, İstanbul'da yayınlanan ve İstanbul, Ankara, İzmir ve Adana'da dağıtılan Kızıl Bayrak adlı derginin sahibi ve başyazarıdır. Davaya konu olaylar, adı geçen derginin 1-15 Haziran 1994 tarihli sayısında "Sömürgeci Zulüm Kürtleri Göçe Zorluyor", 15 Haziran-1 Temmuz 1994 tarihli sayısında, "Kürt Halkına Tam Destek", "Kirli Savaşı Reddet!" ve "Devlet Terörüne Karşı Devrimci Bir Direniş Örneği: Yaygınlaşan DGM Boykotu", 1-15 Temmuz 1994 sayısında ise "Kirli Savaşın İktisadi Yönü ve İşçi Sınıfı Ne Yapmalı?" ve "DEP Kapatıldı" adlı makalelerin yayımlanması ardından, başvuran hakkında cezai yaptırımların uygulanması şeklinde gelişmiştir. Biz burada konumuzla bağlantısı gereği, "Sömürgeci Zulüm Kürtleri Göçe Zorluyor" başlıklı makaleyi ve İHAM'nin değerlendirmesini ele alacağız. Zira söz konusu makale dışındaki makaleler, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında değerlendirilmiştir.

"Sömürgeci Zulüm Kürtleri Göçe Zorluyor" başlıklı makalede yazar, Kürt insanların varlığının reddedilmesi ve bu insanların yaşadığı köylerin yakılması ve yok edilmesi politikasına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur⁶³¹.

Mahkeme ilk olarak, müdahalenin meşru amacının "ulusal güvenlik" ve "toprak bütünlüğünün" korunması olduğunu belirtmesinin ardından, "demokratik toplumda gereklilik" bakımından değerlendirmelerde bulunmuştur. İHAM'ne göre, "...Uyuşmazlık konusu makalede yazar, Hükümetin politikalarını eleştirmekte ve sorumluluğunu hükümete yüklediği şu eylemleri açığa vurmaktadır: köylerin yakılması ve yıkılması, ambargo uygulanması, köylülerin zorla göç ettirilmesi. İddialarını güçlendirmek için başvuru sahibi

⁶³¹ Söz konusu makalenin içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Öztürk v. Türkiye, Başvuru no. 24914/94, 15.10.2002, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ayseozturk.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.11.2016).

resmi olmayan kuruluşlar tarafından yayınlanan verilere gönderme yapmaktadır. Daha sonra sorumluluğunu üstlenmesi için işçi sınıfına çağrı yapmaktadır. Mahkeme açısından bu ifadelerin gerek içeriği gerekse kullanılan terimler açısından siyasi bir nutuk biçiminde olduğu açıktır... Mahkeme, terörle mücadeleye ilişkin güçlükleri görmezden gelmemektedir. Bununla birlikte uyuşmazlık konusu makalenin şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya ayaklanmaya teşvik etmediğini gözlemler. Sonuç olarak Mahkeme, yetkililer tarafından ileri sürülen ve suçlanan toplatmayı haklı göstermeye yönelik gerekçeleri ‘yeterli’ bulmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme Kızıl Bayrak dergisinin 1-15 Haziran 1994 tarihli sayısının toplatılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmaktadır.”

Dünya Barış Günü dolayısıyla 1 Eylül 1996 tarihinde düzenlenen bir toplantıda Ankara Demokrasi Platformu temsilcisi sıfatıyla yaptığı konuşmanın bir bölümünde, “Bu ülke özgür ve demokratik bir ülke değildir... Bu ülkede insanlara karşı bir savaş yürütülüyor. İş için mücadele eden bizler bu ikiyüzlü zihniyeti reddediyoruz. Bu ülkenin tüm işçileri, hepimiz işçilere uygulanan baskıyı, Kürtlere karşı gerçekleştirilen saldırıları, her türlü baskı ve şiddeti reddediyoruz... Sevgili dostlarım, bizler, barış, eşitlik ve özgürlük için, yükselen fiyatlar, işsizlik, özelleştirme, ırkçılık, işkence, kayıplar, yargısız infazlar ve savaşa karşı güçlerimizi birleştirmek zorundayız.” kullandığı ifadelerinden dolayı 765 sayılı TCK’nun 312. maddesinin 2. fıkrası kapsamında halkı sosyal sınıf, etnik köken ve bölge bakımından kin ve düşmanlığa tahrik etmesi nedeniyle başvuranın, bir yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve 420.000 TL para cezası ile cezalandırıldığı *Abdullah Aydın* davasında İHAM⁶³², başvuranın düşünciyi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru amacının, “kamu düzeninin”, “ulusal güvenliğin” ve “toprak bütünlüğünün” korunması ve “suçun önlenmesi” olarak tespit etmesinin ardından müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı üzerinde durmuştur.

Mahkeme, dava konusu olan konuşmanın Dünya Barış Günü vesilesiyle düzenlenen bir sivil toplum toplantısı sırasında yapıldığına, başvuranın, amacı demokrasi ve barışı korumak olan ve bir sivil toplum kurumu olan demokrasi platformunun temsilcisi sıfatıyla konuşma yaptığına, söz konusu konuşmanın kullanılan kelimeler ve içerik bakımından

⁶³² *Abdullah Aydın v. Türkiye* Başvuru No. 42435/98, 09.03.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

politik nitelikte olduğuna, söz konusu konuşma sırasında başvuranın dernekler, sendikalar, öğrenciler gibi sivil toplumun tüm aktörlerine yönelik ekonomik, sosyal ve politik konuları ele aldığına ve bu anlamda başvuranın toplumun siyasi sürece katılması temelli konuşmalar yaptığına değinmiştir. Mahkeme'ye göre “...konuşma, barış, eşitlik ve özgürlük mesajı içermektedir... Kürtlere karşı gerçekleştirilen saldırılara direnme çağrılarını, şiddet kullanılmasına tahrik ve politik amaçlar için şiddet kullanılmasının desteklenmesine yönelik açıklamalar olarak da kabul etmek mümkün değildir. Dahası Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin başvuranı, barışçıl bir toplantıda yaptığı yorumlardan dolayı değil, daha çok bu konuşma sırasında PKK'nın Türkiye'nin güneydoğusundaki faaliyetlerini eleştirmemesi nedeniyle cezalandırdığını not etmektedir. Bu ise, düşünceyi ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı çıkarabilecek yeterlilikte değildir.”

Orantılılık bakımından ise Mahkeme, başvurana verilen bir yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ile 420,000 TL para cezasını göz önünde bulundurmıştır. Bu kapsamda ise sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı kanaatine vararak, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Erbakan v. Türkiye davasında İHAM yapılan konuşmanın içeriğinin, yapıldığı ortamın ve koşulların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durmakla birlikte, soruşturmanın, dava konusu konuşmanın yapıldığı tarihten dört yıl beş ay sonra başlatılmış olması hususunun dikkate alınması gerektiği üzerinde durmuştur⁶³³. Mahkeme, sınırlamanın meşru amacının “kamu düzeninin korunması”, “suç işlenmesinin önlenmesi”, “ahlakın” ve özellikle de “başkalarının haklarının korunması” olduğuna işaret ederek, başvuranın konuşmasının, o dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda hüküm süren durum dikkate alınarak incelenmesi gerektiği hususuna değinmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, “...Başvuran yaptığı konuşmada yalnızca dine dayalı olarak nefreti teşvikten yargılanmamış, konuşmasının kimi bölümlerinin ırka dayalı nefret ve düşmanlığı tahrik ettiği vurgulanmıştır... İHAM, yetkililerin, toplantıdan beş yıl sonra, içeriğine itiraz edilen bir videokaset kaydına dayanarak dava konusu konuşmanın içeriğini belirlediklerini gözlemlemektedir... Aynı şekilde başvuruda yer alan olaylar dikkate alındığında, başvuran

⁶³³ Söz konusu konuşmanın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Erbakan v. Türkiye Başvuru No. 59405/00, 06.07.2006*, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

hakkında soruşturmanın açıldığı tarihte, dava konusu konuşmanın toplum açısından ‘güncel bir risk’ ve ‘yakın tehlike’ oluşturduğu hususu İHAM açısından kesin değildir. Bu bağlamda, Hükümetten farklı olarak, mezkûr konuşmanın yapıldığı iddia edilen tarih ile ceza soruşturması başlatılması arasında geçen dört yıl beş aylık süreyi, soruşturmanın içeriğinin başvuran açısından taşıdığı önem de dikkate alındığında, göz önünde bulundurulması gereken bir unsur olarak değerlendirmektedir.” ifadelerine yer vermiştir. Mahkeme, 220.000 TL. para ve bir yıl hapis cezası ile birçok medeni ve siyasi hakkın kısıtlanması sonucunu doğuran yaptırımını da tanınmış bir siyasetçi için ağır bulmuştur. Bu kapsamda İHAM, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “*demokratik bir toplum için gereklilik*” arz ettiği konusunda ikna olmamıştır.

Diğer bir dava *Bingöl v. Türkiye* davasıdır. Söz konusu davaya konu olan olaylar, DEHAP (Demokratik Halk Partisi) komitesinin bir üyesi olarak siyasi faaliyetler yürüten başvuranın, 28 Şubat 2003 tarihinde, Doğubayazıt ilçesinde bir salonda düzenlenen DEHAP kongresi sırasında ve Kürtlerin varlığının inkârına dair yaptığı bir konuşma nedeniyle Erzurum Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından 765 sayılı 312. maddesinin 2. fıkrası kapsamında belli bir sosyal sınıf, ırk ve bölgeye ait olmalarından dolayı halkı açıkça kin ve düşmanlığa kışkırtmak suçundan bir yıl altı ay hapis cezasına mahkûm edilmesi şeklinde gelişmiştir⁶³⁴.

Mahkeme söz konusu davada “*İHAM, özellikle ihtilaflı konuşmanın bazı bölümleri Türk Devleti için negatif bir tablo çizmiş ve bu bağlamda düşmanca bir anlatım tonu vermiş olsa da, şiddet kullanımını, silahlı direnişi ve isyanı kışkırtmadığını ve söz konusu konuşmanın bölgede derin ve mantıksız bir kin uyandırmak suretiyle durumun sorumlusu olarak gösterilenlere karşı halkı şiddete teşvik edecek bir nitelik taşımadığını gözlemlemekte ve İHAM'nin gözünde bu hususun dikkate alınması gereken en önemli unsur olduğunu kaydetmektedir.*” ifadelerine yer vermiştir. Bu kapsamda Mahkeme’ye göre, kin güden ve şiddete kışkırtan nitelikte olmayan dava konusu ifadeler karşılığında hapis cezasına hükmedilmesi de orantısızdır. Zira bu tür ifadeler karşılığında öngörülen ceza, bir yıl altı ay hapis cezasının yanında kamu görevi yapılmasına ve siyasete devam edilmesine kısıtlama getirmesi nedeniyle ağır niteliktedir. Düşünceyi ifade özgürlüğüne getirilen söz

⁶³⁴ Söz konusu konuşmanın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Bingöl v. Türkiye Başvuru No. 36141/04, 22.06.2010**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 28.12.2015).

konusu müdahale, baskın bir toplumsal ihtiyacı da karşılar nitelikte bulunmadığından “*demokratik bir toplumda gerekli*” değildir.

Yukarıda üzerinde durulan davalar kapsamında İHAM kararları bakımından şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür:

1) Düşünceyi ifade özgürlüğü, salt toplumun geneli tarafından kabul gören veya zararsız ya da kayıtsızlık içeren “*bilgiler*” veya “*fikirler*” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir.

2) İHAS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “*zaruri*” sıfatı “*baskın bir toplumsal ihtiyaç*” anlamına gelip, üye devletlerin, anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak, bu takdir yetkisi, Mahkeme’nin denetimi altındadır.

3) Mahkeme bu denetimi yaparken, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dâhil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemekte, ilk olarak müdahalenin “*meşru amaçlar ile orantılı*” ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “*ilgili ve yeterli*” olup olmadığı tespit edilmektedir. Bunu yaparken de ulusal otoritelerin 10. madde kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır.

4) Mahkeme, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası bakımından, kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasına dair çok dar bir kapsam olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri, sadece yasama ve adli otoritelerin değil aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır.

5) Basının şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi için konmuş olan sınırlamaları aşmaması gerekmesine rağmen, bölücü olanlar da dâhil olmak üzere, bilgi sağlaması ve siyasi hususlarda bilgi vermesi bir zorunluluktur. Basının, anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra, halkın da bunları almaya hakkı vardır.

6) Kamu düzeninin garantörleri sıfatından hareketle, ceza kanunu niteliğinde olanlar da dâhil olmak üzere, anılan ifadeler aşılmadan bir takım önlemlerin benimsenmesi devlet otoritelerinin yetkisi dâhilinde olmakla birlikte, hükümetin sahip olduğu egemen konum,

özellikle haksız saldırılar ve eleştirilere cevap verilmesine ilişkin başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamanın uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

7) Açıklanan düşünceler, bir birey veya bir kamu görevlisi ya da nüfusun bir kesimine karşı, şiddete, silahlı direnişe ya da bir isyana teşvik ettiği durumlarda, devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale edilmesi hususunun incelenmesinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

8) Mahkeme, düşüncelerin, “devlet güvenliği”, “kamu düzeni” ve “toprak bütünlüğü” üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde, kitle iletişim yolu yerine edebi bir eser, düşük tirajlı bir dönemsel yayın, şiir yahut az bir katılımın olduğu bir anma töreni yoluyla açıklanıp açıklanmadığını göz önünde bulundurmaktadır.

9) Mahkeme her ne kadar “açık ve yakın tehlike” kriterini kullanmamakta ise de kanaatimizce ifadenin kullanıldığı koşulları dikkate almak suretiyle, aslında şiddet ve nefrete çağrı veya teşvik hususlarının ortaya çıkarabileceği tehlikeyi göz önünde bulundurmaktadır. Bu durumda, İHAM kararlarında açıkça “açık ve yakın tehlike”den bahsetmemekte ise de bu durum, kamu düzeninin bozulması bakımından ortaya çıkabilecek tehlikenin değerlendirilmediği anlamına gelmemektedir.

Şu halde Mahkeme, halk arasında ırk temelli nefreti tahrik eden veya üstün ırk propagandasına dayanan, dini de dahil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayanan nefret söylemlerine tahrik eden ya da bu söylemleri haklı gösteren ve nihayet kişi ya da gruplara karşı suç işlenmesine neden olacak elverişlilikteki nefret söylemi niteliğindeki düşüncelerin/ifadelerin, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında bir korumadan yararlanamayacağını kabul etmektedir⁶³⁵.

IV. SUÇ TİPİNİN BENZER DÜZENLEMELERLE MUKAYESESİ

A. Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit Suçu

Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçu, TCK’nun “Özel Hükümler” kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde ve 213. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

⁶³⁵ FLAUSS, s. 838

“(1) Halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından alenen tehditte bulunan kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun silahla işlenmesi halinde, verilecek ceza, kullanılan silahın niteliğine göre yarı oranına kadar artırılabilir.”

“Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olan halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçlarının ihdasıyla korunmak istenen hukuki değer, kamu barışıdır. İki suç arasındaki temel fark ise, suç teşkil eden fiil bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda, karşılığında ceza yaptırımını öngörülen fiil “alenen tahrik” iken, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunda “alenen tehdit”tir.

Tehdit suçu, ayrı bir suç tipi olarak TCK’nun 106. maddesinde de düzenlenmiş olup, tehditte fail tarafından istenilen hususun yerine getirilmemesi kaydına bağlı olarak mağdura bir kötülük yapılacağı, haksızlığın gerçekleştirileceği bildirilmektedir⁶³⁶. Söz konusu kötülük yahut haksızlık, 106. madde bakımından, mağduru belli kişi ya da kişilere yönelik olarak hayat, vücut veya cinsel dokunulmazlık, malvarlığı yahut sair bir kötülükken, 213. maddede bu kötülük yahut haksızlık, belirli olmayan kimselerden müteşekkil kitleler ve hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımındandır⁶³⁷. Tehdit halinde, irade ve karar serbestisi ortadan kaldırılan kimse, henüz gerçekleşmemiş fakat ileride gerçekleşebilecek bir zarardan kurtulmak için belirli bir yönde davranmaya zorlanmaktadır⁶³⁸. Bu anlamda tehdit halinde, tehdit edilen kişi ya da topluluk üzerinde zorlamaya dayanan bir psikolojik etkide bulunmaktadır. Tahrik ise, ileride ifade edeceğimiz üzere, bir kişi veya topluluğun, bir suçun işlenmesi ya da bir düşüncenin gerçekleştirilmesi için, basit bir isteklendirme yahut düşünce açıklamasının

⁶³⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 347, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 349.

⁶³⁷ “Tehdit suçunun mağduru herkes olabilir. Ancak tehdit suçunun oluşabilmesi için mağdurun belirli bir kişi ya da kişiler olması gerekir. Muhatabı belli olmayan tehdit eylemleri diğer şartların da varlığı halinde... 213. maddesi kapsamında halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit olarak değerlendirilebilecektir.” YCGK, 2013/8-406 E., 2015/185 K. 02.06.2015, YCGK, 2013/4-663 E., 2014/498 K. 18.11.2014, Diğer kararlar için bkz. Yarg. 9. C. D., 2009/20490 E., 2011/28869 K., 22.11.2011, Yarg. 8. C. D., 2001/7090 E., 2001/17272 K., 12.13.2001, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016)

⁶³⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 502, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 336, CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 406, İÇEL, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, İstanbul, 2014, s. 426, ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Basım Yayım, 2015, s. 346.

ötesinde, işlenmesi istenen suç ya da fiile doğrudan yönlendirici ağırlıkta, tahrik edilen üzerinde kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal oluşturmayan, tahrik edilen kişi ya da halk kesiminin, tahrik öncesinde tahrik konusu fiili işlemek hususunda istek ve iradesinin olup olmamasına bağlı olmayan ve tahrik konusu fiilin işlenmesi hususunda olumlu bir yargı oluşturabilecek nitelikteki psikolojik etkidir. Bu anlamda 213. maddedeki suçun oluşması için, belirli olmayan sayıdaki kimselerin hedef alınarak, bunların hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından bir zarara uğratılacağı yönünde korkutulmaları gerekmektedir⁶³⁹, 216. maddedeki suçun oluşması için bu yönde bir korkutmanın değil, kin ve düşmanlığa kışkırtmanın olması gerekmektedir. Söz konusu kışkırtma ise, halk arasında değil, halkın sosyal sınıf, din, mezhep, ırk veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesimleri arasında gerçekleşmeli, ancak kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olması nedeniyle tahrik, tehdit şeklinde gerçekleşmemelidir⁶⁴⁰.

İki suç tipi arasındaki bir diğer fark, manevi unsurdan kaynaklanmaktadır. Nitekim TCK'nun 213. maddesinde kanun koyucu, tehdidin halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla yapılmasını ararken, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda böyle bir saike yer verilmemiştir.

Her iki suçta da “aleniyet” suçun unsuru olarak düzenlenmiş olup, TCK'nun 218. maddesi gereğince, her iki suç bakımından da suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir haldir.

B. Suç İşlemeye Tahrik Suçu

Suç işlemeye tahrik suçu, TCK'nun “Özel Hükümler” kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde ve 214. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kısmını diğer bir kısma karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, on beş yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁶³⁹ YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan, Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 6024.

⁶⁴⁰ Daha ayrıntılı bilgi bkz. s. 18 vd.

(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.”

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu gibi suç işlemeye tahrik suçu da “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu anlamda her iki suç ile korunmak istenen hukuki değer, kamu barışıdır. Her iki suç bakımından da suç teşkil eden fiil, “*alenen tahrik*” olmakla birlikte, TCK’nun 214. maddesinde tahrikin konusunu oluşturan husus, karşılığında ceza yaptırımını yahut güvenlik tedbiri öngörülen fiil yani suçtur⁶⁴¹. Bu kapsamda karşılığında idari bir yaptırım öngörülen fiillere yahut haksız bir fiile tahrikin söz konusu olduğu hallerde TCK’nun 214. maddesi uygulanmaz⁶⁴². TCK’nun 216. maddesinde ise tahrikin konusu oluşturan husus, “*kin ve düşmanlık*”tır. Bu anlamda TCK’nun 216. maddesinde, farklı özelliklere sahip bulunulan topluluğa karşı suç işlenmesi tahrikinde bulunulmamakta ve fakat halkın bir kesimi üzerinde yoğun bir psikolojik etkide bulunularak kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Bu nedenle halkı kin ve düşmanlığa tahrikin dolaylı bir suç işlemeye tahrik hali olduğu ifade edilebilir⁶⁴³.

Diğer yandan, TCK’nun 214. maddesinin 1. fıkrası bakımından kanun koyucu, halkın bir kesiminin diğer kesimine karşı suç işlemeye alenen tahrik edilmesini değil, suç işlemeye alenen tahriki cezalandırmıştır. Bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda farklı özellikleri özel olarak belirlenen mağdur kesimine TCK’nun 214. maddesinde yer verilmemiştir. İleride değineceğimiz üzere, TCK’nun 216. maddesinin gerekçesinde kanun koyucu, kin ve düşmanlığa tahrikin, “*şiddet*” fiillerine tahriki de kapsadığını ifade ederken, Yargıtay kararlarında kin ve düşmanlığın cezalandırılmasının “*şiddeti*” kışkırtmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir. “*Şiddete tahrik*”in ne anlama

⁶⁴¹ EREM, Faruk, Suç İşlemeye Tahrik, Adalet Dergisi, Ocak 1955, Yıl: 46, Sayı:1, s. 1136, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6031,

“*Sanığın kendisine ait internet sitesinde, bomba malzemeleri ve bomba yapımı, militanlar için gerekli olan savaş dersleri, militanlara maddi yönden yardımcı olma mecburiyeti başlığı altında esrar yapımı, silahla mekân tarama, yazılama, bildiri dağıtma, pankart asma, şehir gerillaları ve eylemleri için yol ve yöntemleri gösteren bilgiler verip, bu hususta bazı kişi ve kurumları hedef gösterdiği ikrarı, yayınların onaylı örnekleri ve tüm dosya kapsamından anlaşılacakla, eylemin suç işlemeye alenen tahrik suçunu oluşturduğu ve hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Yarg. 9. C. D., 2006/5745E., 2006/894 K., 15.02.2006,

Diğer kararlar için bkz. Yarg. 9. C. D., 2010/13846 E., 2010/12518 K., 13.12.2010,

Yarg. 8. C. D., 2004/589 E., 2005/10199 K., 27.10.2005, Yarg. 8. C. D., 1998/7642 E., 1998/10408 K., 02.07.1999, Yarg. 8. C.D., 2000/20396 E., 2000/21114 K., 18.12.2000, Yarg. 8. C. D., 1999/12306 E., 1999/13187 K., 06.10.1999, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:12.11.2015)

⁶⁴² ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1991, s. 250, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6031.

⁶⁴³ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 258.

geldiği açık olmamakla birlikte, ceza hukuku terminolojisi bakımından bu kavramın, belirlenen farklı özelliklere sahip kişilerin vücut, yaşam, hürriyet, cinsel dokunulmazlık veya malvarlığı vs. haklarına karşı işlenen suçlar olarak kabul edilirse, TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç tipinin, 214. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suç tipinin özel bir şekli olduğu kabul edilebilir. İleride de açıklayacağımız üzere biz, “*şiddete tahrik*” 216. maddenin kapsamında olduğunu düşündüğümüzden, iki madde arasında bu türden bir ilişkinin olabileceği kanaatindeyiz. Aynı nedenle, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin diğer bir kesimine karşı silahlandırılarak, birbirini öldürmeye tahrik edilmesi halinde bu hususun da “*kin ve düşmanlığa tahrik*” kapsamında “*şiddete tahrik*” olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle bu gibi hallerde koşulları oluşmuşsa TCK'nun 216. maddesinin uygulanması gerekecektir.

Gerek halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve gerek ise suç işlemeye tahrik suçunun 1. fıkrası bakımından suç teşkil eden fiil, “*alenen tahrik*”tir. Bu anlamda “*aleniye*” her iki suç tipi açısından da suçun unsurudur.

Diğer yandan, kanun koyucu 214. madde bakımından tahrikçinin, tahrik edilen suçun işlenmesi halinde azmettiren sıfatıyla cezalandırılacağını düzenleyerek özel bir iştirak düzenlemesi öngörmüşken, kin ve düşmanlığa tahrik fiili neticesinde kamu güvenliğinin bozulması yahut kendisine karşı tahrikte bulunulan topluluğa karşı bir takım suçların işlenmesi halinde, failin ne şekilde cezalandırılacağı hususunu ayrıca düzenlememiştir.

Son olarak, TCK'nun 218. maddesi gereğince, her iki suç bakımından da suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir haldir.

C. Suçu ve Suçluyu Övme Suçu

Suçu ve suçluyu övme suçu, TCK'nun “*Özel Hükümler*” kitabının “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlıklı beşinci bölümünde ve 215. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1) İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu gibi suçu ve suçluyu övme suçu da “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte her iki suç ile korunmak istenen hukuki değer, kamu barışıdır. İki suç arasındaki temel fark ise, suç teşkil eden fiil bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda, karşılığında ceza yaptırımını öngörülen fiil “*alenen tahrik*” iken, suçu ve suçluyu övme suçunda “*alenen övme*”dir.

Övmekten maksat, kanunun suç olarak öngördüğü bir fiilin lehinde müspet bir değerlendirmenin açıklanmasıdır. Bu suçtan yana değerlendirme, suç teşkil eden fiilin, desteklenmesi, methedilmesi, şerefli bir davranış olarak gösterilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Bu anlamda ceza normlarını ihlâl eden bir fiilin, toplum düzeninin bozulması veya aynı türde yeni suçların işlenmesi tehlikesini yaratacak şekilde methedilmesi, iyi görülmesi suçtur⁶⁴⁴.

Övme, belirli bir davranışın, fiilin doğru olduğunu söylemekten ibaret basit bir hareket olarak anlaşılmamalıdır. Övme suçları ancak esas suç teşkil eden fiilin, haklı ve aynı şekilde davranılması gereken, ahlaki, muhteşem, iyi bir fiil olarak gösterilmesi durumunda gerçekleşebilir. Basit bir savunma, olay hakkında objektif fikir yürütülüşü, fiilin affının veya moral işbirliği istenilmesi, genel olarak övme teşkil etmez. Hareketin, övmenin cezalandırılmasındaki maksada uygun, yani yeni suçlar işlenmesi, toplum düzeninin bozulması tehlikesini yaratabilecek kuvvet ve uygunlukta bulunması gereklidir. Bu bakımdan, övgünün yapıldığı vasıtanın, övgüde kullanılan aracın, cezalandırılmayı gerektirecek tehlikeyi yaratmaya uygun oluşu aranır⁶⁴⁵.

Tahrik ve övme, failin iradesi ve hareket unsurları yönünden ayrılmaktadır. Övmeye, başkalarına belirli bir suç hakkında tasvip edici düşüncelerin açıklanması söz konusu iken⁶⁴⁶, tahrikte başkalarına belirli yönde hareket etmeleri için gerçekleştirilen açık bir

⁶⁴⁴ **ÖZEK, Çetin**, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, İÜHFM Cilt 33, Sayı 3-4, 1967, s. 451, **ÖNDER**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 263, **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 6044.

⁶⁴⁵ **ÖZEK**, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, s. 452, 453, **ÖNDER**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 263.

⁶⁴⁶ “Suça sürüklenen çocuk Ogün yakalandıktan sonra sanık Metin’in talimatıyla Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü’nün çay ocağında bekletilip, fotoğraf çekilmesi ve kamera kaydı sırasında ‘o yazıyı şöyle kafasının üstüne denk getirebilir miyiz arkadaşlar’ şeklinde konuşmalar da yapılarak, suça sürüklenen çocuk Ogün’ün her iki eli ile göğüs hizasında Türk bayrağını tutarak arka fonda Tema vakfına ait Türk bayrağı üzerinde Atatürk’ün ‘Vatan Toprağı Kutsaldır Kaderine Terk Edilemez’ veciz sözünün şüphelinin başının üst kısmında olacak ve yanında kamu görevlileri yer alacak şekilde fotoğrafının ve kamera görüntülerinin çekilmesi ve suç tarihinde S... Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinde komiser olarak görev yapan sanık İbrahim’in suça konu fotoğrafları şube bilgisayarına kaydettikten bir süre sonra bir kısım görsel ve yazılı basın yayın organlarında yayımlanmış olması karşısında;

Sanıkların amaçlarının kasten insan öldürme suçundan şüpheli Ogün’ün işlediği suçun doğru bir davranış olduğu yönünde kamuoyuna mesaj vermek olup olmadığı ve haklarında 5237 sayılı TCK’nın 215. maddesinin uygulanma olanağı bulunup

psikolojik etki söz konusu olmaktadır. Hukuka aykırı fiilin övülmesi dolaylı bir biçimde suça itelemekte ancak muhatapların fiili işlemeleri açıkça istenmemektedir. Övmeye bir ikna ve yöneltme durumu bulunmamakla beraber, bu şekildeki bir düşüncenin açıklanması yine de toplum düzeninin bozulması tehlikesini yaratacak şekilde görülmüştür⁶⁴⁷.

Övmenin geçmişe ait olduğu ve tahrikten farklı olarak gelecekteki bir davranışa yönelmediği belirtilebilir⁶⁴⁸. Bu anlamda, suçu ve suçluyu övme suçunda suç teşkil eden fiil, işlenmiş ve karşılığında ceza yaptırımını öngörülen bir fiil yani suç ya da bu suçu işlemiş olan kişinin övülmesidir⁶⁴⁹. Böylece, karşılığında idari bir yaptırım öngörülen bir fiilin, haksız bir fiilin yahut bu fiilleri işleyen kişilerin övülmesi, TCK'nun 215. maddesi kapsamında değerlendirilemez⁶⁵⁰.

Her iki suçta da “*aleniyet*” suçun unsuru olarak düzenlenmişken, gerek suçu ve suçluyu övme ve gerek ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun cezalandırılması, objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesine bağlanmıştır. Suçu ve suçluyu övme suçunda bu şart, “*kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” iken, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”dır.

bulunmadığı karar yerinde tartışılmadan, suç niteliğini yanlış değerlendiren ve yerinde görülmeyen gerekçelerle sanıklar hakkında beraat kararları verilmesi yasaya aykırı...” Yarg. 4. C. D., 2010/27631 E., 2012/30616 K., 17.12.2012. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:12.11.2015)

⁶⁴⁷ **ÖZEK**, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, s. 451, **ÖNDER**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 260, 263, **CİHAN**, Cürüm Fiilini Övme, s. 117.

⁶⁴⁸ **ÖZEK**, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, s. 454, **CİHAN**, **Erol**, Cürüm Fiilini Övme, İÜHF, Cilt XXXIV, Sayı 1-4, İstanbul, 1969, s. 121.

⁶⁴⁹ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 6042, **MALKOÇ, İsmail**, Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Malkoç Kitabevi, 2007, s. 1521, 1522, **GÜNDEL, Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 4338, 4339, **ŞEN, Ersan**, Suçu ve Suçluyu Övme (TCK m. 215), Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, Sayı:7, s. 102,

“...önceden kesin hükümle mahkûm olmuş suçluyu işlemiş olduğu suç bağlamında övme niteliğinde olan eylemin TCK'nın 215. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...” **Yarg. 9. C. D., 2013/9148 E., 2014/6960 K., 04.06.2014,**

Benzer nitelikteki kararlar için bkz. **Yarg. 9. C. D., 2011/4249 E., 2013/1444 K., 22.01.2013, Yarg. 9. C. D., 2012/882 E., 2012/6067 K., 10.05.2012, Yarg. 8. C.D., 2008/5295 E., 2010/5826 K., 13.04.2010, Yarg. 8. C. D., 2007/7162 E., 2009/4809 K., 26.03.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:14.11.2016),**

“... Şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadelerin kullanılmadığı, işlenen bir suçu yahut işlediği suç nedeniyle kişiyi övücü nitelikte bulunmayan, başka bir hükümlü hakkında ‘sayın’ denilerek onun sağlığı ile ilgili kendi değer yargısını içeren düşüncelerini açıklayan sanığın eyleminde...suçun yasal unsurları oluşmadığından mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” **Yarg. 8. C. D., 2013/12126 E., 2013/20425 K., 10.07.2013,**

Benzer nitelikteki kararlar için bkz. **Yarg. 8. C. D., 2009/18022 E., 2012/21275 K., 20.06.2012, Yarg. 8. C. D., 2009/7316 E., 2012/17738 K., 23.05.2012, Yarg. 9. C. D., 2010/8911 E., 2012/5154 K., 18.04.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:14.11.2016).**

⁶⁵⁰ **EREM, Faruk**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 1620, **EREM**, Suç İşlemeye Tahrik, s. 1138, **CİHAN**, Cürüm Fiilini Övme, s. 123, 124, **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 6042, **GÜNDEL**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. Cilt, s. 4338, **MALKOÇ**, s. 1521.

Son olarak, TCK'nun 218. maddesi gereğince, her iki suç bakımından da suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir haldir.

D. Kanunlara Uymamaya Tahrik Suçu

Kanunlara uymamaya tahrik suçu, TCK'nun “Özel Hükümler” kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde ve 217. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1) Halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik eden kişi, tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu gibi kanunlara uymamaya tahrik suçu da “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu anlamda her iki suç ile korunmak istenen hukuki değer, kamu barışıdır. Her iki suç bakımından da suç teşkil eden fiil, “tahrik” olmakla birlikte, TCK'nun 217. maddesinde tahrikin konusunu oluşturan husus, “kanunlar” yani yasama organı tarafından usulüne uygun olarak yayımlanan ve ilan edilen hukuki tasarruflarken⁶⁵¹, TCK'nun 216. maddesinde ise tahrikin konusu oluşturan husus, “kin ve düşmanlık”tır.

Bu anlamda TCK'nun 217. maddesinde failin, belirsiz sayıdaki insan topluluğunu, kanunun tümü veya bir kısmına karşı gelmeye, koyduğu kurallara uymamaya, kanunun koyduğu ilkelere ve zorunluluklara aykırı davranmaya tahriki söz konusudur. Bu özelliği ile kanunlara uymamaya tahrik suçunun, suç işlemeye tahrik başlıklı TCK'nun 214. maddesi ile arasında özel-genel norm ilişkisi olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre şayet halk, ceza kanunu yahut ceza kanunu dışındaki özel kanunlarda yer alan suçları işlemeye tahrik edilmişse TCK'nun 214. maddesi hükmü, suç olarak düzenleme getiren kanunlar dışındaki kanunlara uymamaya tahrik edilmişse TCK'nun 217. maddesi hükmü uygulanacaktır⁶⁵².

⁶⁵¹ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 268, EREM, Suç İşlemeye Tahrik, s. 1139.

⁶⁵² ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 267, 272, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6031, 6203, 6206, “Köy imamı olan sanığın, olay günü görevli olduğu caminin hoparlöründen ‘Dikkat dikkat bu bir cenaze için verilmiş sela değildir, Kur’an kursları kapatıldı, müslüman aleminin başı sağ olsun’ demek suretiyle hükümet programında olup, TBMM’de Kanunlaşan 8 yıllık kesintisiz eğitim uygulamasına karşı halkı itaatsizliğe tahrik ve teşvik ettiği anlaşılmakla; mahkemenin suç vasfını tayini, eylemin TCK’nun 242/1. madde ve fıkrası kapsamında değerlendirmesinde isabetsizlik bulunmamış olmakla...” Yarg. 8. C. D., 1999/10953 E., 1999/16748 K., 25.11.1999, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:14.11.2016),

Diğer bir görüşe göre ise, kamu düzeni, salt suçun ortaya çıkması veya suçu meydana getirebilecek bir ortamın hazırlanmasının engellenmesi ile değil, kanunlarla sağlanan düzenin ihlal edilmemesi ile de sağlanabilir. Bu nedenle kamu düzenini sağlayan unsurlardan birinin de kanun olduğu dikkate alınır, kapsamı ve niteliği ne olursa olsun, suçun oluşması bakımından doğru olan, kanunun bütün hallerini geçerli saymaktır. Diğer yandan, tahrikin konusu, ceza normu ihtiva eden bir kanun değilse zaten suç işlemeye tahrik söz konusu olmayacaktır. Tahrikin konusu, ceza normu ihtiva eden bir kanun olduğunda ise, tahrik edilen belirli bir suç olmadığından, suç işlemeye tahrikin yine gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır⁶⁵³.

Diğer bazı yazarlar ise, “*ön şart*” kurumundan yola çıkarak bir değerlendirme yapmaktadır. Bu yazarlara göre, belirli suçlara tahrik halinde ilk olarak, o suçla ilgili hükümlere başvurulmalı, o suçlara suç ortaklığı olup olmadığı, daha özel nitelikte hükümlerin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu nitelikte hükümlerin olmaması durumunda kanunlara uymamaya tahrik söz konusu olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, suç işlemeye tahrikin gerçekleşmesi için, belirli suçların işlenmesine tahrik, daha özel nitelikteki bir tahrik halinin gerçekleşmemiş olması zorunludur; bu bir ön şarttır⁶⁵⁴.

Yukarıda ifade edilenler ışığında, konuyu kurumsal olarak ele alış şekilleri farklılık arz etse de üzerinde tartışma olmayan husus, kanunlara uymamaya tahrik suçunun oluşması bakımından tahrikin konusunun “*kanun*” olması gerektiğidir. Konumuzun sınırları gereğince, yukarıdaki tartışmaların ayrıntısına girmek istememekle birlikte bizim burada vurgulamak istediğimiz husus, TCK’nun 217. maddesi bakımından kanun koyucunun tahrikin konusu olarak belirlediği hususun, ceza normu içerip içermediği önemli olmaksızın “*kanunken*”, TCK’nun 216. maddesinde “*kin ve düşmanlık*” olmasıdır.

Diğer yandan, her iki suçta da “*aleniyet*” suçun unsuru olarak düzenlenmişken, gerek kanunlara uymamaya tahrik suçu ve gerek ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun cezalandırılması, objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesine bağlanmıştır. Kanunlara uymamaya tahrik suçunda bu şart, “*tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” iken, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”dır.

⁶⁵³ BAYRAKTAR, s. 232. CİHAN, Erol, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, İÜHF, Cilt 36, Sayı 1-4, İstanbul, 1970, s. 176 vd.

⁶⁵⁴ CİHAN, Erol, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, s. 176 vd.

Son olarak, her iki suç bakımından da suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir haldir.

E. Nefret ve Ayrımcılık Suçu

Nefret ve ayrımcılık suçu, TCK'nun özel hükümler kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Hürriyete Karşı Suçlar*” başlığı altında yedinci bölümünde ve 122. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Nefret ve ayrımcılık suçuyla korunmak istenen hukuki değer, insanlar arasında hukukun izin vermediği nefrete dayalı ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı haklardan ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi olduğu ifade edilmektedir. Zira söz konusu hüküm, kişilerin iş ve çalışma, mülkiyet gibi özgürlüklerinin ihlal edilmesini önlemek suretiyle, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır⁶⁵⁵. Ancak diğer yandan, söz konusu suç tipi ile “*kamu barışı*” da korunmaktadır. Zira suç tipinde, ayrımcılığın “*nefret saiki*” ile yapılması aranmış olduğundan, bu suç tipiyle, toplumu oluşturan bireyler arasında ortaya çıkan nefret hislerinin ve nefrete dayalı ayrımcılık fiillerinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir⁶⁵⁶. Bu kapsamda, halkı kin ve düşmanlığa tahrik ile nefret ve ayrımcılık suçları TCK'nun farklı kısım ve bölümlerinde düzenlenmiş olsalar da korudukları hukuki değerlerin “*kamu barışı*” noktasında birleştiklerini ifade etmek mümkündür. Zira halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda suç teşkil eden fiil “*alenen tahrik*”, nefret ve ayrımcılık suçunda ise “*bir kişiye*

⁶⁵⁵ ÖZBEK, Veli, Özer, KANBUR, Mehmet, Nihat, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 466.

⁶⁵⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 464.

kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının, bir kişinin işe alınmasının ve bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi” olarak farklılık arz etse de her iki suç tipi de suçun, madde metinlerinde sayılan farklı özelliklerden kaynaklı olarak işlenmesini gerektirmektedir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda söz konusu farklılık, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge olarak belirlenmişken, nefret ve ayrımcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep olarak öngörülmüştür. Diğer yandan, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda mağdur, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimi iken, nefret ve ayrımcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhebe dayanan özellikler taşıyan herhangi bir kimsedir⁶⁵⁷. Bu anlamda TCK’nun 216. maddesi bakımından mağdur, madde metninde sayılan özelliklere sahip, halkın belirsiz sayıda bir kesimi olarak ortaya çıkmaktayken, TCK’nun 122. maddesinde mağdur, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep bakımından farklı özelliklere sahip halk kesiminin bir üyesidir.

Her iki suçun da manevi unsuru kast olmakla birlikte, nefret ve ayrımcılık suçunda kanun koyucu, failin belli bir saikle hareket etmesini de aramıştır. Bu kapsamda nefret ve ayrımcılık suçunun, “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle*” işlenmesi gerekmektedir⁶⁵⁸. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda ise kanun koyucu, madde metninde böyle bir saike yer vermemiştir. Suçun manevi unsuruna değindiğimiz kısımda da ifade ettiğimiz üzere, TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında özel kastı işaret eden bir ibare bulunmamaktaysa da madde metninin kaleme alınış şekli, tahrikin niteliği ve muhataplarda aranan hususiyetler, özel kastın aranmasını gerekli kılmaktadır.

⁶⁵⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 472.

⁶⁵⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 473.

F. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine Karşı Silahlı İsyan Suçu

Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı isyan suçu, TCK'nun özel hükümler kitabının “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmının “*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*” başlığı altında beşinci bölümünde ve 313. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1) *Halkı, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı bir isyana tahrik eden kimseye onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir. İsyan gerçekleştiğinde, tahrik eden kişi hakkında yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(2) *Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı isyanı idare eden kişi, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. İsyan katılan diğer kişilere altı yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.*

(3) *Bir ve ikinci fıkrafta tanımlanan suçların, Devletin savaş halinde olmasının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*

(4) *Bir ve ikinci fıkrafta tanımlanan suçların işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.”*

“*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine Karşı Silahlı İsyan*” suçuyla korunmak istenen hukuki değer, hükümetin sahip olduğu siyasi iktidarın otoritesi ve dolayısıyla devletin otorite gücü olduğu ifade edilmektedir⁶⁵⁹. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile ise, kamu barışı korunmak istenmektedir. Nitekim 313. maddede düzenlenen suç tipi, “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı kısımda düzenlenmişken, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, topluma karşı suçlar altında ve “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir.

Her iki suç tipinin birleştiği nokta, suç teşkil eden fiilin “*tahrik*” olarak düzenlenmiş olmasıdır. Ancak, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda söz konusu fiil “*alenen tahrik*” olarak düzenlenmişken, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı isyan suçunda “*tahrik*” olarak düzenlenmiştir. Diğer yandan, 313. maddedeki suç tipi, birden fazla hareketli suçlardan, bölünebilen/kesintili suçtur. Zira bu tür suçlar, amaç elde edilmese dahi ilk hareketin yapılmasıyla tamamlanan suçlardır⁶⁶⁰. Bu anlamda, suçun tamamlanması

⁶⁵⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8514.

⁶⁶⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 235, 236.

bakımından, halkın, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı bir isyana tahrik edilmesi yeterlidir, isyanın (amacın) gerçekleşmesi gerekmez. Ancak isyan (amaç) gerçekleşirse, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal oluşur.

TCK'nun 313. maddesinde tahrik, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı bir isyana yönelikken, 216. maddede kin ve düşmanlığa yöneliktir. Diğer yandan, “*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine Karşı Silahlı İsyan*” suçunda madde metninde “*halkın*” tahrik edilmesinden bahsedilmektedirken, “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik*” suçunda “*halkın bir kesminin*” tahrik edilmesinden söz edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki 313. madde bakımından da suçun oluşması için tahrikin muhatabı olan topluluğun ülkedeki herkes olması zorunlu değildir. Bu kapsamda, suçun koruduğu hukuki değeri tehlikeye düşürmeye yeterli olacak biçimde belirli bir şehirdeki ya da bölgedeki insan topluluğunun isyana tahrik edilmesi halinde de suçun oluşması mümkündür⁶⁶¹.

G. Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Toplumda Nefret Duyguları Oluşturma Kabahati

15.02.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un “*Yayın Hizmeti İlkeleri*” başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, “*Yayın hizmetleri, ...ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturamaz.*”

Söz konusu yayın ilkesine aykırı davranılması halinde ise Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından idari para cezasına ve/veya idari tedbir uygulanmasına hükmedilir. Zira aynı Kanun'un 32. maddesine göre, “*Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s), (ş) ve (t)*⁶⁶² *bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz. Ayrıca, idarî tedbir olarak, ihlale konu programın yayınının beş keze kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde*

⁶⁶¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8517.

⁶⁶² 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK 'nin 20 maddesiyle, bu fıkra da yer alan (s) ve (ş) ibaresi (s), (ş) ve (t) şeklinde değiştirilmiştir.

ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilir. İhlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak, bu fıkra hükümlerine göre idarî para cezası ile birlikte idarî tedbire karar verilebileceği gibi, sadece idarî para cezasına veya tedbire de karar verilebilir.”

Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 32. maddesinin 3. fıkrasına göre, söz konusu yükümlülük veya yasak ihlalinin suç oluşturması halinde, bu suç nedeniyle ilgililer hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde hükümlerine göre idarî para cezası veya idarî tedbir kararı verilir. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre ise, 8. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına, ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir.

Diğer yandan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrasında, “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir. 6112 sayılı Kanun’da ise, 5326 sayılı Kanun’a göre daha özel nitelikli bir içtima kuralı öngörülmüştür. Bu anlamda, örneğin, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmaması*” nedeniyle soruşturmaya yer olmadığı kararına hükmedilse bile, 6112 sayılı Kanunda gösterilen idari yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır.

V. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

A. Almanya

İnceleme konumuza ilişkin suç tipine benzer bir düzenleme, 1971 tarihli Alman Ceza Kanunu’nun (ACK) özel hükümler kitabının “*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*” başlıklı yedinci bölümünün 130. maddesinde yer almaktadır⁶⁶³.

⁶⁶³ ACK’nun 130. maddesi dışında, nefret suçları ve nefret söylemine ilişkin diğer düzenlemelere Ceza Kanunu ve diğer bazı kanunlarda yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda ACK’nun 86 (Anayasa’ya aykırı organizasyonların propaganda araçlarının dağıtılması), ve 86a (Anayasa’ya aykırı organizasyonların tanıtım işaretlerinin kullanılması) maddeleri ile Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu’nun (CCAIL) 6. (Uluslararası Ceza Kanununa Göre Soykırım) ve 7. (Uluslararası Ceza Kanununa Göre İnsanlığa Karşı Suçlar), Gençlerin Korunması Hakkında Kanun’un 18. (Gençlere Zararlı Yayın Listesi), Gençlere Zararlı Yazıların ve Medya İçeriğinin Yayılmasının Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un 1. (Zararlı Yayınlar Listesi) maddeleri bu kapsamda ele alınmaktadır. **EUROPEAN PARLEMENT STUDY**, The European Legal Framework on Hate Speech, Blasphemy and It’s Interaction with Freedom of Expression, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2015, s. 183.

ACK'nun 130. maddesi, 1871 yılında vücuda getirilmiş olup, maddenin ilk hali “*halkın farklı sınıfları*” bakımından bir düzenlemeye yer vermiştir⁶⁶⁴. Söz konusu düzenleme, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ve Yahudi soykırımının etkisiyle 1959 yılında, nefret söylemine ilişkin düzenlemeleri kapsayacak şekilde geliştirilmiştir. Bu kapsamda, bir söylemin nefret söylemi olarak cezalandırılması “*kamu barışının bozulmasına elverişli olması*” şartına bağlanmış ve söz konusu şart, halkın bir kesimine karşı nefret tahrikinde bulunulması, şiddet fiillerinin işlenmesi ve bu kesimin insan onuruna saldırı teşkil edecek şekilde aşağılanması bakımından da aranmıştır. “*Soykırımın inkârı*” niteliğindeki fiiller ise, 1994 yılına dek, bu konuda madde metnindeki özel bir düzenleme kapsamında değil, 130. maddede yer alan genel aşağılama fiili kapsamında cezalandırılmıştır⁶⁶⁵. Maddedeki diğer bir değişiklik ise, Avrupa Birliği kapsamında alınan 2008/913/JHA 6 sayılı Konsey Çerçeve Kararı'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının a ve c bentleri ve 4. maddesi göz önünde bulundurularak belirli bir topluluğun üyesine karşı işlenen fiilleri de kapsayacak şekilde, 2011 yılında gerçekleştirilmiştir⁶⁶⁶. Alman Hukuku, 1960 yılına kadar, “*şiddete tahrik*” ifadesini kullandığı halde, bu tahrihten sonra “*nefrete (kin ve düşmanlık) tahriki*” de düzenlemeler kapsamına almıştır⁶⁶⁷. Madde hükmünün son hali, 130. maddenin 1. fıkrasında “*nefrete, şiddete ve keyfî tedbirler alınmasına tahrik*” ve 2. fıkrasında “*aşağılama*” olarak öngörülmüştür⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid, PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomoskommentar, Strafgesetzbuch Band 2, 4. Auflage, 2013, s. 674,

Belirtmek gerekir ki, 1871 yılında yapılan bu düzenleme öncesinde, 1819 tarihli Fransız Basın Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun 100. maddesine “*nefret ve aşağılama*” suçu olarak eklenmiştir. KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, s. 674.

⁶⁶⁵ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Germany, s. 181, BLEICH, Erik, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, Kavita Khory, Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century, New York, 2012, s. 120.

⁶⁶⁶ SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar, C.H.BECK, 29., neu bearbeitete Auflage 2014, s. 1523, 1525, JOECKS, Wolfgang, MIEBACH, Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3 80-184g StGB, Verlag C.H. Beck, München, 2012, s. 654, JOECKS, Wolfgang, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 11. Auflage, C.H.BECK, 2014, s. 238, KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, s. 683.

2008/913/JHA 6 sayılı Konsey Çerçeve Kararının 1. maddesinin 1. fıkrasının a ve c bentlerine göre, “*Her üye devlet, aşağıda yazılı kasıtlı davranışların cezalandırılmasını sağlamak için gereken önlemleri alacaktır:*

a) Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik kökeni ile tanımlanan bir insan topluluğuna ya da o topluluğun bir üyesine yönelik şiddet kullanımına veya nefrete alenen tahrik edilmesi,

c) Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik köken bakımından bir topluluğa ya da bu topluluğun bir üyesine karşı şiddet ve nefrete tahrik edebilecek şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 6, 7 ve 8. maddelerinde tanımlanan soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının alenen inkâr edilmesi, onaylanması ve önemsizleştirilmesi.

Söz konusu Çerçeve Kararın 4. maddesine göre ise, “*1. ve 2. maddelerde belirtilenler dışındaki suçlar bakımından her üye devlet, ırkçı ve yabacı düşmanlığı saikin cezayı artıran bir neden olarak kabul edilmesi ya da alternatif olarak söz konusu saikin, cezaların belirlenmesi sırasında mahkemeler tarafından dikkate alınmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır.*” <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133178>, (Erişim Tarihi: 10.01.2016)

⁶⁶⁷ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 275.

⁶⁶⁸ STEIN, Eric, History Against Free Speech: the New German Law Against The “Auschwitz” and Other “Lies”, Michigan Law Review, Vol. 85, No. 2 (Nov., 1986), s. 284.

Bu kapsamda ACK'nun 130. maddesinin 1. fıkrasına göre, “(1) *Her kim kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde,*

1. Ulusal, ırksal, dini veya etnik köken temelinde bir topluluğa veya halk kesimlerine yahut halkın bir kesimine ya da kişilere karşı yukarıda belirtilen özellikleri nedeniyle nefret (kine) tahrikinde, şiddet kullanılması ya da keyfi tedbirler alınması çağrısında bulunursa veya

2. ...

üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır;

1. bir yazıyı (m. 11 fıkra 3)⁶⁶⁹, yayar veya kamunun ulaşabilmesini sağlar veya on sekiz yaşından küçük bir kişiye bir yazı sunar, ona bırakır veya ulaşabilmesini sağlarsa ve bu yazı,

a) birinci fıkranın 1 numaralı bendinde tanımlanan gruplara, halk kesimlerine veya birinci fıkranın 1 numaralı bendinde tanımlanan gruplara mensup olması nedeniyle bireylere karşı nefrete (kine) tahrik ederse,

b) a harfli bentte adı geçen kişilere veya kişi topluluklarına karşı cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunursa veya,

c) a harfli bentte adı geçen kişilere veya kişi topluluklarının insanlık onuruna, sövmek, küçük düşürmek veya gerçek dışı olgular isnat etmek suretiyle saldırırsa,

2. 1 numaralı bendin a ile c harflerinde tanımlanan muhtevaya radyo ve televizyon medyaları yoluyla on sekiz yaşını tamamlamamış olan bir kişinin veya kamunun ulaşabilmesini sağlarsa,

3. bu yazı veya bunlardan elde edilen parçaları 1 ile 2 harfli bentler anlamında kullanmak veya başkasının bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacıyla 1 numaralı bendin a ile c harflerinde tanımlanan muhtevayı içeren bir yazıyı (m. 11 fıkra 3) üretir, başka birinin vasıtasıyla alır, teslim eder, depolar, sunar, reklam yapar veya ithal veya ihraç etmeye girişirse..⁶⁷⁰”

⁶⁶⁹ Belirtmek gerekir ki ACK'nun 11. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu fıkra atıfta bulunan hükümler bakımından görsel-işitsel medya, veri kayıtları, resim ve diğer görsel tasvirler yazı ile eşdeğerdir.

⁶⁷⁰ YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Beta Yayıncılık, Mayıs 2015, s. 225, 226, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1241, Kanun'un İngilizce çevirisi Prof. Dr. Michael Bohlander tarafından 2013 yılında yapılan değişiklikleri de içerecek şekilde 2015 yılında yapılmıştır. (Erişim Tarihi: 10.01.2016), <https://dejure.org/gesetze/StGB/130.html>, (Erişim Tarihi: 03.03.2017).

2011 yılında madde metninde yapılan değişiklik öncesinde ise madde hükmü şöyledir:

“Her kim kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde,

Söz konusu suç tipiyle korunmak istenen ilk hukuki değer kamu barışıdır. Diğer yandan söz konusu suç tipiyle, insan onurunun korunması da amaçlanmaktadır. Zira madde metninde halk kesimlerinden ve belli özellikleri vurgulanan topluluklardan bahsedilmiştir. Bununla birlikte, bireylerin ya da madde metninde sayılan özelliklere sahip topluluğa üye olan kişilerin yaşam ve vücut dokunulmazlıklarının da 130. maddenin koruduğu değerler arasında olduğu kabul edilmektedir⁶⁷¹. Diğer yandan doktrinde bazı yazarlar, suç teşkil eden fiilin, halk kesimleri arasında karşılık verme hali (saldırganlık) ve diğer yandan madde metninde sayılan topluluk ya da bu topluluğun üyesi olan kişiler üzerinde korku, endişe ve güvensizlik yaratması nedeniyle, söz konusu suç tipiyle birlikte sükûnet içinde yaşama hakkının korunduğunu ifade etmektedirler⁶⁷². Diğer bazı yazarlar ise, yukarıda ifade edilenler yanında, tahrikin, ileride bir saldırı gerçekleşme tehdidi meydana getirmesi nedeniyle, genel hukuk güvenliğinin ve suçun yöneldiği topluluk ya da halk kesiminin hukukun koruması altında yaşadıklarına dair inancının da korunduğunu ifade etmektedirler⁶⁷³.

ACK'nun 130. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun tipik olması, tahrikin, nefrete, şiddete ya da keyfi tedbirler alınması çağrısında bulunulmasına bağlı olmakla birlikte, söz konusu çağrının “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekir. Bu anlamda söz konusu suç, bir somut tehlike suçudur⁶⁷⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, kamu

1. Halkı, halkın diğer bazı kesimleri aleyhine kine tahrik eder veya halka bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunursa... üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Her kim,

1. Halk kesimleri aleyhine veya ulusal, ırkı, dini veya kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine kin beslemeye tahrik eden, bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapmaya çağrıda bulunan veya halk kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruplardan birine sövmek, kötü niyetle küçük düşürmek veya ona iftira etmek suretiyle başkalarının insanlık onuruna saldıran yazıları,

a) dağıtır,

b) alenen sergiler, duvara asar, gösterir veya sair suretle ulaşılabilmesini sağlar,

c) on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişiye sunar, ona bırakır veya bunlara bir kişinin ulaşılabilmesini sağlar,

d) bunları veya bunlardan elde edilen parçaları a ile c harfli bentler anlamında kullanmak veya başkasının bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacıyla üretir, başka birinin vasıtasıyla alır, teslim eder, depolar, sunar, ilan eder, metheder, ithal veya ihraç etmeye girişir veya

2. 1 numaralı bentte tanımlanan muhtevayı içeren bir sunumu radyo, medya veya telekomünikasyon ağ hizmetleri yoluyla yayarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.” YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, Strafgesetzbuch (StGB), Alman Ceza Kanunu, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009, s. 203, 204.

⁶⁷¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 1524, KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, s. 675, 676, HÖRNLE, Tatjana, KREMNITZER, Mordechai, Human Dignity As a Protected Interest In Criminal Law, Israel Law Review, Vol.44:143, 2011, s. 163, STEIN, s. 283.

⁶⁷² SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 1523.

⁶⁷³ JOECKS/MIEBACH, s. 649, 656.

⁶⁷⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 1524, 1530, JOECKS/MIEBACH, s. 652, 656.

Alman doktrinde, “kamu barışını bozmaya elverişlilik”, kişilerin hayatları ya da malvarlıkları üzerinde şiddet eylemlerinin gerçekleşeceğine yönelik birlikte yaşam şartlarının ortadan kalkması ve bu nedenle halkın belli bir kesiminde kamu güvenliğinin bulunduğu ilişkin olumlu duygunun ortadan kalkması olarak tanımlanmıştır. SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 1530.

barışına yönelik bu tehdidin “*aleni*” olması zorunlu olmasa da kamu üzerinde bir etki yaratması gerekmektedir⁶⁷⁵. Bu nedenle aile ya da arkadaşlar arasında ifade edilen düşünceler, tipikliğin kapsamında telakki edilemez. Diğer yandan, “*Yabancılar giremez*” işareti ya da yazısı gibi genel ayrımcılık fiilleri, açık bir nefret kastının ifadesi olmadığından, bu madde kapsamında değerlendirilmez. Ancak bu bir yaralama neticesinde söylenmiş bir cümleyse ya da fiil swastika (gamalı haç) gibi bir sembolle işlenmişse, nefrete tahrik kapsamında değerlendirilebilir. Suç, serbest hareketli olup, tahrik fiilinin sözle, yazıyla yahut internet aracılığıyla işlenmesi mümkündür⁶⁷⁶.

Suçun oluşabilmesi için, suç teşkil eden fiilin ulusal, ırksal, dini veya etnik köken temelli olarak bir topluluğa ya da bir halk kesimine karşı işlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, madde metninde belirtilen topluluklar dışında, söz konusu halk kesiminin politik ve ideolojik görüş, sosyal veya ekonomik durum ya da mesleki veya sosyal konum gibi özelliklere sahip olması mümkündür⁶⁷⁷.

Nefret söyleminin yayınlanması bakımından ise, yazarın, yayıncının ve dağıtanın cezai sorumluluğu, ACK’nun 46 (Cezanın Belirlenmesindeki Esaslar), 130/2, 185 (Hakaret), 186 (Kötüleme) veya 240. (Zorlama) maddeleri kapsamında değerlendirilebilmektedir. Diğer yandan, nefret söyleminin yayınlanması nedeniyle medeni hukuk sorumluluğuna ilişkin genel kurallara da başvurulabilmektedir. Bu kapsamda, Alman Medeni Kanunu’nun 823. maddesinin 1. ve 2. fıkraları kapsamında tazminat veya 249. maddesi kapsamında eski hale getirme sorumlulukları gündeme gelebilecektir. İdari tedbirlerin uygulanması bakımından ise, Alman Basın Konseyi, bir özdenetim kurumu olarak internet ortamında gerçekleştirilen gazetecilik faaliyetleri de dâhil olmak üzere, basına karşı gerçekleştirilen şikâyetleri değerlendirme mercii olarak görev yapmaktadır. Söz konusu şikâyetler ise, Alman Basın Kanunu’nun 12. maddesi gereğince hiç kimsenin, cinsiyet, engellilik veya etnik, dini, sosyal ya da ulusal bir topluluğa ait olmasından dolayı ayrımcılık fiillerine maruz kalamayacağı hükmü temelinde değerlendirilmektedir. Şikâyet komisyonu tarafından değerlendirilen şikâyetler hakkında nihai kararı verme yetkisi Alman Basın Konseyi Genel Kurulu’nun olup, şikâyetin haklı bulunulması durumunda uyarı ve kınama cezalarının uygulanması mümkündür⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ JOECKS/MIEBACH, s. 657.

⁶⁷⁶ KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, s. 679, 680, 681, JOECKS/MIEBACH, s. 655.

⁶⁷⁷ SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 1525, JOECKS, s. 238.

⁶⁷⁸ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Germany, s. 192-195.

B. Avusturya

1974 Tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nun (Av.CK) “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında yer alan ve “*Tahrik*” suçu olarak düzenlenen 283. maddesinin, 2011 yılında değişikliğe uğramasından önceki haline göre, “*Her kim, kamu barışını tehlikeye sokmaya elverişli bir şekilde, ülkede var olan bir kilise ya da dini topluluğa yahut belli bir kilise veya dini topluluğa ya da bir ırka, halka, sınıfa veya devlete ait bir topluluğa karşı düşmanca fiiller işlenmesine alenen tahrik veya teşvik ederse yahut bir ırka, halka, sınıfa veya devlete ait bir topluluğu, insan onurunu zedeleyecek bir biçimde alenen aşağılarsa, iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır*”⁶⁷⁹.”

2011 tarihinde yapılan değişiklikle, maddenin Kanun içindeki yeri, karşılığında öngörülen ceza ve başlığı değişmemiş olmakla birlikte, suç tipinin yöneldiği tahrik ya da aşağılama fiili mağdurlarının kapsamının genişlediği görülmektedir. Zira maddenin yeni metnine göre, tahrik ya da aşağılama niteliğindeki fiillerin, ırk, ten rengi, dil, din, dünya görüşü, vatandaşlık, etnik köken, milliyet, cinsiyet, engellilik, yaş yahut cinsel yönelim bakımından farklı özellikteki insanların oluşturduğu bir topluluğa yahut bu topluluklardan birinin üyesi olması nedeniyle, topluluğun bir üyesine yöneltmesi, cezalandırmaya layık fiiller olarak değerlendirilmiştir. İkinci fıkra ise, birinci fıkra da sayılan özellikteki grupların alenen aşağılanması halinde, birinci fıkra da olduğu gibi iki yıla kadar hapis cezasının uygulanacağını ifade etmektedir⁶⁸⁰.

Diğer yandan, 2016 yılının Ocak ayında yürürlüğe giren 2015 tarihli “*Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun*” da madde metninde çeşitli değişiklikler yaparak, maddenin son halinin şekillenmesini sağlamıştır⁶⁸¹. Böylece, yeni düzenlemeye göre madde metni, dört fıkradan oluşmaktadır⁶⁸².

“(1)Her kim,

⁶⁷⁹ **VENİCE COMMISSION**, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society, Science and Technique of Democracy, No. 47, Council of Europe Publishing, 2010, s. 152, **EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE**, European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) Report on Austria, Council of Europe, 2010, s. 14.

⁶⁸⁰ <http://www.legislationline.org/topics/subtopic/79/topic/4/country/44>, Austria Hate Crimes, (Erişim Tarihi: 26.10.2015), www.legislationline.org, 2002 yılında ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) katılımcı devletlerini asiste etmek amacıyla kurulmuş bir yasama veri tabanıdır.

⁶⁸¹ Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (98/ ME), www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00098, (Erişim Tarihi: 29.04.2016)

⁶⁸² **EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE**, ECRI Report on Austria, Council of Europe, 2015, s. 52, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (98/ME), Gesetzestext, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00098/fname_389871.pdf, s. 15.

1. bir kilise veya diğer bir dini topluluk yahut taşıdığı yahut taşımadığı ırk, ten rengi, dil, din ya da inanç, milliyet, soy, etnik köken, cinsiyet, fiziksel veya psikolojik engel, yaş veya cinsel yönelim özellikleri nedeniyle bir topluluk yahut üyelerine karşı birçok insanın algılayabileceği şekilde alenen şiddete ya da nefrete tahrikte bulunur veya

2. Birinci fıkra da sayılan topluluk veya üyelerini insan onurunu ihlal etmek meksadıyla alenen aşağılarsa ya da

3. Bu Kanun'un 321 ila 321f ve 321k maddelerinde düzenlenen suçların işlendiğini, bu maddenin birinci fıkrasında gösterilen topluluk yahut üyelerine karşı şiddete ya da nefrete tahrik edecek şekilde, reddeder, önemsizleştirir ya da meşrulaştırırsa iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Her kim birinci fıkra da gösterilen fiilleri, basın yayın yoluyla işler yahut diğer herhangi bir yolla bu nitelikteki fiillerin kamuya yayılmasına neden olursa, üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(3) Her kim, bir topluluk ya da bu topluluğun bir üyesine karşı, birinci ve ikinci fıkra da gösterilen fiiller dolayısıyla, birinci fıkranın birinci bendinde belirtildiği şekilde güç kullanılmasına neden olursa, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Her kim, bu maddenin birinci fıkrasının birinci bendinde gösterilen bir topluluğa ya da bu topluluğun bir üyesine yönelik nefreti veya şiddeti savunan, teşvik eden veya tahrik eden yazı, resim yahut diğer tasvirleri yayımlar yahut diğer herhangi bir şekilde kamuya yayılmasını sağlarsa, üç yıla kadar hapis cezası yahut 720 güne kadar para cezasına hükmolunur.”

Yapılan düzenlemelerle, 283. maddenin 1. fıkrasında, sadece madde metninde gösterilen belirli özelliklere sahip topluluklara yönelen “nefrete tahrik” fiilleri cezalandırılmamakta, aynı zamanda bu grup ya da topluluğun üyesine yöneltilen “nefrete tahrik” niteliğindeki eylemler de suç olarak düzenlenmektedir. Ayrıca, sadece nefrete tahrik değil, hem topluluğa hem de bu topluluğun üyesine de yönelen, “şiddete tahrik” fiilleri de madde kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer yandan, tahrik fiilinin yöneldiği topluluk/kişinin sahip olduğu özellikler bakımından bir genişlemenin olduğu ve mağdur kapsamına “belli bir vatandaşlık/uyruğa tabi olan veya olmayan” topluluk ve kişilerin de dâhil edildiğini söylemek mümkündür. Böylece, yabancılara ya da Avusturya vatandaşı olmayan topluluk ya da kişilere yönelen nefret veya tahrik fiilleri de suç kapsamında değerlendirilecektir. Diğer bir değişiklik, “aleniyet” unsuru yönündendir. Zira eski

düzenlemede tahrik fiilinin “*alenen*” işlenmesi ibaresi yer almaktayken, yeni düzenleme, nefrete ve şiddete tahrik fiillerinin, birçok insanın algılayabileceği/ulaşabileceği şekilde alenen işlenmesi ibaresine yer vermektedir. Maddenin 2. fıkrası ise, radyo, yazılı basın ya da diğer basın-yayın araçlarıyla suçun işlenmesi halinde, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedileceğini öngörmektedir. Tahrik fiili neticesinde, belli bir topluluğa ya da bu topluluğun bir üyesine karşı şiddet fiillerinin işlenmesi halinde ise, altı aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi söz konusu olabilecektir. 4. fıkra ise, bu içerikteki materyallerin dağıtım ve yayılmasını suç olarak düzenlemekle birlikte, bu hususta açık bir kastın bulunmasını, cezai sorumluluk için bir ön koşul olarak görmemektedir⁶⁸³.

C. Belçika

TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilebilecek düzenlemeler, Federal Irkçılık Karşıtı Kanun, Federal Cinsiyet Eşitliği Kanunu ve Federal Ayrımcılık Karşıtı Kanun’da yer almaktadır. Söz konusu Kanunlar 2007 tarihli olup, aslen 1981 tarihli Belçika Irkçılık Karşıtı Kanunu’nda değişiklik yapan Kanunlardır. Söz konusu üç düzenleme de 10 Mayıs 2007 tarihinde kabul edilmiş olmakla birlikte, düzenledikleri alanlar kapsamında, hem ceza hukuku hem de özel hukuk sorumlulukları öngörmüştür. Söz konusu kanunlar, ceza hukuku sorumluluğu bakımından, ırk, renk, din, dil, vatandaşlık ve milliyet, etnik köken ve cinsel yönelim temelli olarak, bir kimse, bir topluluk ya da bir halka karşı ayrımcılığa, nefrete ve şiddete tahrik fiillerini suç olarak düzenlemişlerdir⁶⁸⁴. Bu kanunlardan Irkçılık Karşıtı Kanun, ırk, milliyet, etnik köken ya da yabancı düşmanlığı kapsamında düzenlemelere yer verirken, Ayrımcılık Karşıtı Kanun, daha çok din ve inanç, Cinsiyet Eşitliği Kanunu ise, cinsiyet temelli ayrımcılık fiillerini kapsamına almaktadır⁶⁸⁵.

Nitekim Irkçılık Karşıtı Kanun’un 20. maddesine göre, “*Her kim, Ceza Kanunu’nun 444. maddesindeki şartlar kapsamında, milliyet, ırk, ten rengi, engellik veya milli ya da etnik köken temelli olarak, bir kimse ya da bir topluluğa karşı ayrımcılık, nefret ve şiddet tahrikinde bulunursa, bir aydan bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve elli eurodan bin euroya kadar para cezasına ya da bu cezalardan birine hükmolunur*”⁶⁸⁶.

⁶⁸³ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Austria, 2015, s. 53.

⁶⁸⁴ EUROPEAN COMMISSION, ECRI Report on Belgium, Council of Europe, 2014, s. 11, 17.

⁶⁸⁵ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 152.

⁶⁸⁶ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 155.

Ayrımcılık Karşıtı Kanun'un 22. maddesine göre ise, *“Her kim, Ceza Kanunu'nun 444. maddesindeki şartlar kapsamında, yaş, cinsel yönelim, medeni durum, doğum, maddi durum, din veya inanç, politik görüş, sendikal ilişki, dil, halihazırdaki ya da gelecekteki sağlık durumu, engellilik, fiziksel ya da genetik özellik yahut sosyal köken temelli olarak, bir kimse ya da bir topluluğa karşı ayrımcılık, nefret ve şiddet tahrikinde bulunursa, bir aydan bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve elli eurodan bin euroya kadar para cezasına ya da bu cezalardan birine hükmolunur.”*⁶⁸⁷

Her iki düzenleme bakımından da suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi, cezayı artıran nitelikli bir hal olup, öngörülen ceza iki aydan iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezadır. Diğer yandan fail hakkında, belli haklardan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin uygulanması da mümkündür⁶⁸⁸.

Söz konusu düzenlemeler kapsamında, aleniyetin suçun oluşması için aranan bir unsur olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira her iki madde kapsamında da BCK'nun 444. maddesine atıfta bulunulmak üzere bir suç tipi oluşturulmuştur. BCK'nun 444. maddesi ise, aleniyetin, fiilin kamuya açık bir yerde ya da toplantıda, kamuya açık bir yer olmasa bile, insanların girip çıkmasının izne bağlanmadığı bir yerde veya mağdur ve görgü tanıklarının huzurunda veyahut yazılı ya da diğer bir belge/yayınla, bir resim veya nesnenin sergilenmesi, dağıtılması, satılması, satışa arz edilmesi veyahut aleni olarak teşhir edilmesi ve nihayet henüz yayımlanmamakla birlikte bir kısım kişiye gönderilmiş ya da bu kişilerin bilgisine sunulmuş bir yayın/belge aracılığıyla işlenmesi halinde oluşacağını kabul etmiştir⁶⁸⁹.

Nefret suçlarına yönelik olarak Belçika Ceza Kanunu'nda da çeşitli düzenlemeler yer almakla birlikte, söz konusu maddelerin kapsamına aldığı fiiller nefret söylemi niteliğinde olmayıp, cinsel saldırı (m. 377), adam öldürme (m. 405), hakaret (m. 453), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yahut mala zarar verme gibi (m. 438), Belçika Kanun Koyucusu'nun özel olarak bazı suçlar için nefret saikini cezayı artıran bir sebep olarak öngördüğü nefret suçlarıdır⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 157.

⁶⁸⁸ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 155, 157.

⁶⁸⁹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 155.

⁶⁹⁰ <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15715>, Belgium Hate Crimes, (Erişim Tarihi: 26.10.2015).

Diğer bir düzenleme, “İkinci Dünya Savaşı Sırasında Alman Nasyonal Sosyalist Rejimi Tarafından Uygulanan Soykırımın Reddi, Önemsizleştirilmesi, Meşrulaştırılması ve Onaylanması Hakkında Kanun” un 1. maddesidir.

Söz konusu maddeye göre, “Her kim, Ceza Kanunu’nun 444. maddesindeki şartlar kapsamında, İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman Nasyonal Sosyalist Rejimi tarafından uygulanan soykırımı reddeder, büyük ölçüde önemsizleştirir, meşrulaştırmaya çalışır ve onaylarsa, sekiz günden bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve yirmi altı eurodan beş bin euroya kadar para cezasına ya da bu cezalardan birine hükmolunur.”⁶⁹¹

Belirtmek gerekir ki, Belçika Kanun Koyucusu, “nefret söylemi” ve “nefret suçu” kavramlarının ne anlama geldiğini tanımlamamış olmakla beraber, bu kavramlardan, “ayrımcılık”, “ırkçı fikirlerin yayılması”, “aşağılama”, “ayrımcılığa ya da ırkçılığa teşvik eden bir grup veya derneğe üyelik” veya “nefrete ya da şiddete tahrik” fiilleri anlaşılmaktadır. Bu anlamda, suçun işlendiği koşullar ve açıklanan düşüncenin ya da işlenen fiilin niteliğine göre hangi kanun hükmünün uygulanacağı belirlenmektedir. Diğer yandan, bahsi geçen Kanunların her biri, düzenleme kapsamlarındaki suçların, internet ortamında ve yazılı, görsel ya da sözlü olanlar da dâhil olmak üzere basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde, cezai nitelikte yaptırımların uygulanacağını öngörmüştür⁶⁹². Son olarak, kraliyet savcılarının, Belçika Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 39bis maddesi gereğince, internet ortamında yayınlanan ancak teknik anlamda basın suçu olarak değerlendirilemeyecek nitelikteki nefret söylemlerini erişilemez hale getirmek için gerekli tüm teknik araçları kullanma (internet servis sağlayıcısından web sitenin engellenmesini talep etmek gibi) yetkisine sahip olduğunu ifade etmek gerekmektedir⁶⁹³.

D. Çek Cumhuriyeti

TCK’nun 216. maddesine benzer bir suç tipi, 2009 tarihli Çek Ceza Kanunu’nun (ÇCK), “Nefrete Tahrik” başlıklı 356. maddesinde yer almaktadır.

⁶⁹¹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 158.

⁶⁹² EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 151, 152, 153, 164.

⁶⁹³ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 154.

Söz konusu hükme göre, “Her kim, millet, ırk, etnik köken, din, sosyal sınıf veya diğer herhangi bir özelliği nedeniyle bir topluluğa karşı alenen nefrete tahrikte bulunursa iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”⁶⁹⁴

Dikkat edilirse, ÇCK’nun 356. maddesi “nefrete tahrik” niteliğindeki fiilleri kapsamına almakla birlikte, madde metninde ayrıca “şiddete ve ayrımcılığa tahrik” ibaresine yer vermemiştir. Diğer yandan, nefrete tahrik kapsamındaki fiillerin, dil ve ten rengi yahut cinsel yönelim temelli olarak işlenmesi suç kapsamına dâhil edilmemiş olmakla birlikte bu nitelikteki fiiller, ırk ve etnik köken yahut “diğer herhangi bir topluluğa karşı” kapsamında ele alınmakta ve cezalandırılmaktadır⁶⁹⁵.

İnceleme konumuzla ilişkili diğer bir hüküm, ÇCK’nun “Bir Kişiyeye veya Topluluğa Karşı Şiddet” başlıklı 352. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm kapsamında ise, bir kimse ya da topluluğa karşı mevcut ya da algılanan ırk, etnik köken, millet ya da din bakımından sahip olduğu özellikler nedeniyle şiddet kullanılması cezalandırılmakta ve suç karşılığında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Madde kapsamında “ten rengi ve dil” ibarelerine 356. maddede olduğu gibi yer verilmemektedir⁶⁹⁶.

Gerek 352. ve gerek ise 356. maddedeki fiillerin, basın, film, radyo, televizyon, alenen ulaşılabilir bilgisayar ağları ve buna benzer yollarla işlenmesi ise cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir haldir. Tüzel kişiler bakımından ise, 2011 yılında yürürlüğe giren “Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu ve Soruşturma Usulü Kanunu” ile ÇCK’nun 42b maddesi kapsamında 352. ve 356. maddelerde düzenlenen suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında soruşturma başlatılabileceğini ifade etmek mümkündür⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Czech Republic, Council of Europe, 2015, s. 11, 14.

⁶⁹⁵ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Czech Republic, Council of Europe, 2015, s. 11, 12,

⁶⁹⁶ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Czech Republic, Council of Europe, 2015, s. 11, 12,

⁶⁹⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Czech Republic, Council of Europe, 2015, s. 11, 12,

1 Haziran 2010 tarihinde yeni Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce inceleme konumuza ilişkin düzenlemeler, ÇCK’nun 198a ve 260. maddelerinde yer almaktaydı.

Kanun’un “Ulusal ya da Irksal Nefret Tahriki” başlıklı 198a maddesine göre, “Her kim, başka bir millet ya da ırka karşı nefrete tahrikte bulunur ya da başka bir milletin veya herhangi bir ırkın üyelerinin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması çağrısında bulunursa, iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkra suç olarak düzenlenen fiilin işlenişine yardım ve iştirak eden kişiler de birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”

“Hak ve Özgürlüklerin Yok Edilmesini Amaçlayan Bir Örgütün Desteklenmesi veya Yayılması” başlıklı 260. maddesine göre ise, “Her kim, vatandaşların hak ve özgürlükleri üzerinde baskı yaratmayı amaçlayan veyahut milliyet, ırk, sınıf ya da din temelli nefret söylemlerinde bulunan bir oluşumu açıkça destekler ya da propagandasını yaparsa, bir yıldan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.

Suçun,

E. Estonya

Estonya Anayasası'nın 12. maddesine göre, herkes kanun önünde eşittir. Kimse, milliyet, ırk, ten rengi, cinsiyet, dil, köken, din, politik veya diğer bir görüş, maddi durum ya da statü veyahut diğer bir özelliği nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılamaz. Diğer yandan, etnik köken, ırk, din, sosyal sınıf ya da politik görüş temelinde, nefrete, şiddete ve ayrımcılığa tahrik niteliğindeki fiillerin işlenmesi yasak olup, kanunun öngördüğü hallerde cezalandırılır⁶⁹⁸.

Anayasa'nın bu maddesinden hareketle, inceleme konumuz kapsamındaki suç tipi, 2001 tarihli Estonya Ceza Kanunu'nun (ECK) “Nefrete Tahrik” başlıklı 151. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeye göre,

“(1) Milliyet, ırk, renk, dil, köken, din, cinsel yönelim, politik görüş, ekonomik yahut sosyal statü bakımından alenen nefrete, şiddete veya ayrımcılığa tahrikte bulunan kimse, tahrikin hayat, sağlık ya da malvarlığı bakımından tehlike yaratması halinde, üç yüz güne kadar para yahut hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Eğer söz konusu suç,

1) bir kimsenin ölümüne ya da sağlığının bozulmasına yahut başka ciddi neticelerin doğmasına sebebiyet verirse veya

2) daha önceden benzer bir suçtan mahkûmiyetine karar verilen bir kimse tarafından işlenirse, para cezası yahut üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada gösterilen fiillerin tüzel kişiler tarafından işlenmesi halinde, 3200 Euro'ya kadar para cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada gösterilen fiillerin tüzel kişiler tarafından işlenmesi halinde, para cezasına hükmolunur.”

a) basın-yayın, film, radyo, televizyon ya da buna benzer bir yolla veya

b) bir örgütün üyesi olarak ya da

c) devletin kendini savunmasını gerektiren acil durumlarda işlenmesi halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükm edilir.”

Faşizmi ya da 260. maddede açıklanan türden bir oluşumu desteklediğini alenen açıklayan kimse ise, 261. madde hükmü gereğince, altı aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilir. **VENICE COMMISSION**, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society, Science and Technique of Democracy, No. 47, Council of Europe Publishing, 2010, s. 161, 162.

⁶⁹⁸ **VENICE COMMISSION**, s. 163.

Söz konusu düzenleme kapsamında, milliyet, ırk, ten rengi, cinsiyet, dil, köken, din, cinsel yönelim, politik veya diğer bir görüş, maddi durum ya da statü temelli olarak, nefrete, şiddete veya ayrımcılığa tahrik niteliğindeki aleni fiiller cezalandırılmaktadır. Diğer yandan, söz konusu hükmün uygulanması, madde kapsamında cezalandırılan fiilin herhangi bir kimsenin hayat, sağlık veya malvarlığı hakları üzerinde tehlike yaraması şartına bağlıdır⁶⁹⁹.

Suçun, bir kimsenin ölümüne, sağlığının bozulmasına ya da başka ciddi neticeler doğmasına sebebiyet vermesi, daha önce benzer bir suçtan dolayı hakkında mahkûmiyet hükmü bulunan bir kimse işlenmesi ise, suçun cezasını arttıran nitelikli hallerdir. Suçun, bir örgüt tarafından işlenmesi hali ise, uygulanması 01.01.2015 tarihinden başlamak üzere, 23.12.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁰⁰. Diğer yandan maddede, suçun bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında para cezasına hükmedileceği de öngörülmektedir⁷⁰¹.

F. Finlandiya

İnceleme konumuz olan suç tipine ilişkin hükümler, 1889 tarihli Finlandiya Ceza Kanunu'nun (FCK) "*Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar*" başlıklı 11. bölümünde ve "*Ağır Etnik Temelli Kışkırtıcılık*" adı altında 10a kısımda yer almaktadır. TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteki tahrik fiilleri, bu madde kapsamında suç olarak öngörülmüş olmakla beraber, "*etnik temelli kışkırtma fiili*"nin tanımı 10. kısımda yapılmıştır.

Bu anlamda, FCK'nun 10. kısmındaki düzenlemeye göre, "*Her kim, ırk, ten rengi, doğum durumu, milli ya da etnik köken, din ya da inanç, cinsel yönelim, engellilik ya da diğer bir özelliği nedeniyle, belli bir topluluğu tehdit eden, tahkir eden ya da aşağılayan bilgi, düşünce açıklaması ya da diğer herhangi bir habere kamunun ulaşmasını sağlar ya da bu nitelikteki bilgi yahut düşünceleri kamuya yayar ya da ulaşılabilir kılarsa, etnik*

⁶⁹⁹ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Estonia, Council of Europe, 2015, s. 11, 12, 16,

⁷⁰⁰ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Estonya Ceza Kanunu, (Erişim Tarihi: 24.11.2015), EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Estonia, Council of Europe, 2010, s. 18.

⁷⁰¹ VENICE COMMISSION, s. 163, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Estonya Ceza Kanunu, (Erişim Tarihi: 22.10.2015).

temelli kışkırtma suçundan dolayı para cezası ya da iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.”

Söz konusu madde, 13 Mayıs 2011 yılında yeniden düzenlenerek yukarıdaki halini almış olmakla birlikte, 10a maddesi de bu değişiklik ile Kanun’a eklenmiştir.

Söz konusu düzenlemeye göre,

“Etnik temelli kışkırtma fiili,

1) Soykırım ya da soykırım hazırlığına, insanlığa karşı ya da savaş suçuna, adam öldürme ya da terör suçu kapsamındaki adam öldürme suçunu işlemeye ya da

2) Yukarıdaki fıkra kapsamındaki suçlardan başka, kamu düzeni ve güvenliğini açıkça tehlikeye sokacak şekilde ciddi nitelikteki bir şiddet eylemine, teşvik veya tahrik ediyorsa, etnik temelli kışkırtıcılık fiilinin ağırlaşmış halinin gerçekleşmesi nedeniyle fail, dört aydan dört yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.”

Diğer yandan FCK, tüzel kişiler bakımından da uygulanacak hükümleri göstermiştir. Nitekim Kanun’un 9. bölümünün 1. kısmındaki düzenlemeye göre, kanunun ayrıca belirttiği hallerde, faaliyeti kapsamında işlenen bir suçtan dolayı, savcının talebiyle, tüzel kişi hakkında para cezasına hükmedilmesi mümkündür. Finlandiya kanun koyucusu, tüzel kişiler hakkında uygulanacak söz konusu genel hükmün, “*Ağır Etnik Temelli Kışkırtıcılık*” suçu bakımından da uygulanabileceğini “*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*” başlıklı 17. bölümde ve 25. kısımda açıkça belirtmiş olduğundan, savcının talep ettiği hallerde tüzel kişi hakkında da para cezasına hükmedilmesi mümkün olabilecektir⁷⁰².

G. Fransa

TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında yer alan suç tipine benzer nitelikteki bir suç tipi, Fransız Ceza Kanunu’nda (Fr.CK) yer almakla birlikte, Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’nda (Fr.BÖK) da inceleme konumuz hakkında çeşitli düzenlemelerin yapılmış olduğu görülmektedir.

Fr.CK’nun R.625-7 maddesine göre, “*Her kim, bir kimse ya da bir topluluğa karşı, bu kişi ya da topluluğun kökeni ya da belli bir etnik köken, ırk veya dine mensup olmaları ya da olmamalarından kaynaklı olarak, aleni olmayan ayrımcılık, nefret veya şiddete tahrik*

⁷⁰² <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Criminal Code of Republic of Finland, (Erişim Tarihi: 22.10.2015), **EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE**, ECRI Report on Finland, Council of Europe, 2013, s. 12, 13.

*eylemlerinde bulunursa, beşinci sınıf suçlar için öngörülen para cezasıyla (1500 €) cezalandırılır.*⁷⁰³,

Madde metninden de anlaşılabileceği gibi, Fransız Kanun Koyucu, ceza kanunu kapsamında, ayrımcılığa, nefrete ya da şiddete tahrik niteliğindeki fiillerin cezalandırılabilmesi için “aleniyet” unsurunu şart koşmamıştır. Bu anlamda, madde kapsamında öngörülen fiil, alenen işlenmese de suç teşkil edebileceği gibi, aleniyetin söz konusu olduğu hallerde ise, basın kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Zira Fr.BÖK’nun 24. maddesinin 7. fıkrası, suçun 23. maddede gösterilen araçlarla işlenmesini, açıkça şart koşmaktadır.

Fr.BÖK’nun 24. maddesinin 7. fıkrasına göre, “*Her kim, 23. maddede gösterilen araçlardan birini kullanmak suretiyle, bir kimse ya da topluluğa karşı, bu kişi ya da topluluğun kökeni ya da belli bir etnik köken, ırk veya dine mensup olmaları ya da olmamalarından kaynaklı olarak, ayrımcılık, nefret veya şiddete tahrik eylemlerinde bulunursa, bir yıl hapis ve kırk beş bin euro para cezasıyla yahut bu cezalardan herhangi biriyle cezalandırılır.*”⁷⁰⁴,

Basın Özgürlüğü Kanunu’nun 23. maddesi ise, bir suçun işlenmesine tahriki düzenlemekte olup, söz konusu tahrikin, kamuya açık bir yer ya da toplantıda, sözlü, yazılı ya da basılmış bir malzeme, çizim, resim, fotoğraf, oyma sanatı, amblem yahut buna benzer yazılı ya da sözlü bir araçla veya kamuya açık bir yer ya da toplantıda, satılan, dağıtılan, satışa arz edilen ya da sergilenen bu nitelikteki bir araçla veyahut kamunun vakıf olacağı şekilde oyun kartları veya posterler ya da herhangi bir görsel-işitsel iletişim yoluyla işlenmesi halinde cezalandırılacağı hususunu düzenlemiştir⁷⁰⁵. Şu halde, Fr.CK’nun R.625-7 maddesi kapsamındaki tahrik fiilinin, saydığımız araç ya da yollarla işlenmesi halinde, “aleniyet” unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki, yukarıda tanımlanan suçlar kapsamında Fr.BÖK, özel hukuk sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de öngörmüştür. Fakat söz konusu özel hukuk sorumluluğu, bu tür suçlara özgü nitelikte olup, medeni kanun kapsamındaki özel hukuk sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerden farklıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu ise, nefret söylemlerinin soruşturulmasına ilişkin bazı özel düzenlemeler getirmiştir. Nitekim

⁷⁰³ VENİCE COMMISSION, s. 168.

⁷⁰⁴ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on France, Council of Europe, 2010, s. 14, VENİCE COMMISSION, s. 165, EUROPEAN PARLIAMENT STUDY, France, s. 236.

⁷⁰⁵ VENİCE COMMISSION, s. 164.

gerçek veya tüzel kişiler yahut nefret söylemleriyle mücadelede aktif rol üstlenen kurumlar, bu tür suçlar hakkında şikâyetle bulunabildikleri gibi, mağdurun şikâyet hakkını kullanmadığı hallerde savcı da kendiliğinden harekete geçebilmektedir. Bununla birlikte, nefret suçları ya da söylemlerine ilişkin suçlar bakımından, soruşturma, kovuşturma ya da yargılama makamları genel sorumlu makamlar olmakla birlikte, cezai sürece katılabilen iki özel nitelikte kurumun olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan biri, Fransız Eşitliği Sağlama Kurumu (The French Equality Body) ve diğeri ise Görsel-İşitsel Yayınlar Yüksek Kurumudur (The Higher Audiovisual Council). Fransız Eşitliği Sağlama Kurumu, nefret suçu ya da söylemi mağdurlarına, delillerin toplanmasında yardımcı olmakta, mağdurla fail arasında arabuluculuk faaliyetlerini üstlenmektedir. Diğer yandan, bu tür ayrımcılık temelli suçları işleyen kişiler hakkında para cezasına hükmedebilmekte ve şikâyetle bulunabilmektedir. Görsel-İşitsel Yayınlar Yüksek Kurumu ise, nefret söylemi niteliğinde yayınlar yapan özel ya da devlet televizyonları veya radyoları hakkında idari nitelikte yaptırımlara başvurabilmektedir⁷⁰⁶.

H. Hollanda

İnceleme konumuza benzer bir suç tipi 1881 tarihli Hollanda Ceza Kanunu'nun (HCK) 137d maddesinde yer almaktadır.

Söz konusu düzenlemeye göre, *“Her kim, ırk, din veya inanç, cinsiyet, cinsel yönelim ya da fiziksel, psikolojik veya zihinsel yetersizlik temelli olarak, bir kısım insana karşı nefret ve ayrımcılığa veyahut bu kişilerin şahıs ya da malvarlığına karşı şiddet uygulanmasına söz, yazı veya görüntü yoluyla alenen tahrik ederse, bir yıla kadar hapis cezasına ya da üçüncü kategori para cezasına hükmolunur.*

*Birinci fıkradaki suçun, itiyadi suçlu ya da suçu meslek edinen kişi tarafından yahut iki veya daha fazla kişinin iştirakiyle işlenmesi halinde, iki yıla kadar hapis cezasına ya da dördüncü kategori para cezasına hükmolunur.”*⁷⁰⁷

Diğer yandan, HCK'nun 137e maddesine göre, *“Olgulara dayanan bilgilerin sağlanması dışındaki hallerde,*

⁷⁰⁶ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, France, s. 232, 233.

⁷⁰⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Netherlands, Council of Europe, 2013, s. 11.

Her kim, ırk, din veya inanç, cinsel yönelim ya da fiziksel, psikolojik veya zihinsel yetersizlik temelli olarak, bir kısım insanı aşağıladığını veya ırk, din veya inanç, cinsiyet, cinsel yönelim ya da fiziksel, psikolojik veya zihinsel yetersizlik bakımından, bir kısım insana karşı nefret ve ayrımcılığa veyahut bu kişilerin şahıs ya da malvarlığına karşı şiddet uygulanmasına alenen tahrik ettiğini bildiği yahut bilmesi gerektiği açıklamaları kamuya yayar yahut bu nitelikte olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği herhangi bir nesneyi kamuya dağıtır veya dağıtmak kastıyla bulundurursa, altı aya kadar hapis cezasına ya da üçüncü kategori para cezasına hükmolunur.

*Birinci fıkradaki suçun, itiyadi suçlu ya da suçu meslek edinen kişi tarafından yahut iki veya daha fazla kişinin iştirakiyle işlenmesi halinde, bir yıla kadar hapis cezasına ya da dördüncü kategori para cezasına hükmolunur.*⁷⁰⁸

Dikkat edilirse, HCK'nun 137e maddesi, gerek 137d ve gerek ise TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrası kapsamında inceleyeceğimiz 137c maddesini kapsayıcı ve bu hükümlere atıf yapan nitelikte bir düzenlemeye yer vermiştir. Bir diğer ifadeyle, aslında HCK'nun 137e maddesi, ayrı ayrı suç tipi haline getirilmiş 137c ve 137d maddelerinde gösterilen fiilleri, tek bir madde kapsamında cezalandırmaktadır. Fakat 137e maddesinin bahsi geçen düzenlemelerden farkı, Hollanda Kanun Koyucusu'nun bu madde kapsamında, madde metinlerinde belirtilen nitelikteki nefret söylemlerinin yayılması ya da neşrini cezalandırmasıdır. Bu nedenle, söz konusu nitelikteki açıklamaları yayan kişilerin, yayılan açıklamaların içeriği hakkında gerçekten bir bilgisi olmasa bile cezalandırılmakta, makul bir insanın söz konusu içerikten şüphelenmesini haklı kılan gerekçelerin var olması yeterli görülmektedir. Bu anlamda söz konusu suçun failleri, örneğin ırkçı edebi eser satan kitapçıları ya da nazi eşyaları satan internet siteleri olabileceği gibi, bu nitelikteki kitap, makale, eşya, film, cd ya da dvdleri yaymak amacıyla dağıtan şahıslar da olabilir. Diğer yandan, Kanun'un 137e maddesi, suçun işlenmesinde kullanılan basın-yayın aracı hakkında herhangi bir ayırım göz etmediğinden, söz konusu hüküm, gazete, radyo televizyon ya da internet yoluyla işlenen fiilleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla, nefret söylemine ilişkin ifadeleri kullanan kişiyle birlikte editörler ve radyo ve televizyon

⁷⁰⁸ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Netherlands, Council of Europe, 2013, s. 12.

yayıncıları Ceza Kanunu'nun 48. maddesine göre, eğer fiil yazılı basın yoluyla işlenmişse, yayımcı ve basımcı Ceza Kanunu'nun 53. ve 54. maddelerine göre sorumlu olacaklardır⁷⁰⁹.

Diğer yandan, madde kapsamındaki fiillerin cezalandırılması “*olgulara dayanan bilgilerin sağlanması dışındaki hallere*” bağlanmıştır. Söz konusu ibare, düşünceyi ifade özgürlüğüne daha geniş bir yer açmak maksadıyla getirilmiş olmakla birlikte örneğin, nazi propagandası niteliğinde olabilecek bir eşyanın bir tarih müzesinde sergilenmesi, propaganda niteliği taşımadığı sürece, basının bir haberin parçası olarak bir takım açıklamaları kamunun bilgisine sunması yahut bir kütüphanenin ayrımcı yayınlara internet yoluyla ulaşımı sağlaması, HCK'nun 137e maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir⁷¹⁰.

Aynı Kanun'un 137h maddesine göre ise, HCK'nun 137d maddesindeki suçun, bir mesleğin icrası kapsamında işlenmesi halinde, fiili gerçekleştiren kişinin bu meslekten men edilmesi söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, suçun oluşması için aranan unsurlardan birinin “*aleniyet*” olmasından dolayı, suç teşkil eden fiilin basın-yayın, radyo, televizyon ya da internet yoluyla işlenmesi halinde de suç oluştuğu kabul edilebilecektir⁷¹¹.

İ. Macaristan

TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirebileceğimiz hükümler, 1 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe giren yeni Macaristan Ceza Kanunu'nun (MCK) özel hükümler kitabının “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlıklı 32. bölümünün “*Topluluğa Karşı Tahrik*” başlığı altında ve 332. maddesinde yer almaktadır.

Söz konusu hükme göre,

“*Her kim, kamuya açık bir şekilde,*

a) *Macaristan ulusuna,*

b) *herhangi bir milli, etnik, ırksal ya da dini topluluğa ya da*

c) *özellikle engellilik, cinsiyet ya da cinsel yönelim gibi toplumun belli bir sosyal grubuna karşı nefrete tahrikte bulunursa, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*⁷¹²”

⁷⁰⁹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Netherlands, s. 301, 310.

⁷¹⁰ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Netherlands, s. 301.

⁷¹¹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Netherlands, s. 298, 299.

⁷¹² <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Criminal Code of the Republic of Hungary, (Erişim Tarihi: 23.10.2015), EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Hungary, Council of Europe, 2015, s. 12, 14.

Dikkat edileceği üzere söz konusu hüküm, madde metninde sayılan özelliğe sahip topluluğa karşı “*nefrete tahrik*” fiillerini cezalandırmakta ancak “*şiddete ya da ayrımcılığa tahrik*” fiilini kapsamına almamaktadır⁷¹³. Ancak Macaristan Yüksek Mahkemesi (Curia) “*nefrete tahriki*”, failin, şiddet oluşturmaya elverişli, diğer kimselerin haklarını doğrudan ve somut bir tehlike içine sokan ve şiddet tehlikesini somut olarak ortaya çıkaran fiiller olarak yorumlamaktadır. Avrupa Komisyonu, bu durumu 2015 tarihli Macaristan raporunda eleştirmiş ve söz konusu yorum şeklinin failin cezalandırılması bakımından oldukça sınırlandırıcı olduğunu ifade etmiştir⁷¹⁴.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki, MCK belli bir topluluğun üyesine karşı gerçekleştirilen fiilleri de ayrıca cezalandırmıştır. Kanun’un “*İnsan Onuru ve Temel Haklara Karşı Suçlar*” başlıklı 26. bölümünün 216. maddesinde, belli bir topluluğa yönelen değil, o topluluğun üyesine karşı işlenen şiddet fiilleri de suç olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeye göre, “*Her kim, milliyet, ırk, din, engellilik, cinsiyet ya da cinsel yönelim bakımından belli bir topluluğun üyesi olan ya da böyle bir topluluğun üyesi olduğunu düşündüğü kişilere karşı, bu kişiler arasında panik yaratmak ya da bu kişileri korkutmak amacıyla toplumsal zarar oluşturan nitelikte fiiller işlerse, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*”

Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, söz konusu fiilin, insan öldürmeye elverişli bir silahın gösterilmesi ya da taşınması suretiyle, bu kişilerin haklarına ciddi nitelikte bir zarar vererek, işkence yaparak, örgüt kapsamında gerçekleştirilerek ve nihayet iştirak halinde işlenmesi durumunda, hükmolunacak ceza iki yıldan sekiz yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezadır⁷¹⁵.

MCK’nun söz konusu fiiller karşılığında öngördüğü ceza ise, hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmakla beraber, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine bazı tedbirlerin uygulanması da mümkün olabilecektir. Zira MCK’nun “*Cezalar*” başlıklı 7. bölümünün 33. maddesinin 4. fıkrası gereğince, işlenen suç karşılığında öngörülen ceza, en fazla üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörüyorsa, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine 33. maddenin 1. fıkrasında

⁷¹³ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Hungary, Council of Europe, 2015, s. 12.

⁷¹⁴ EUROPEAN PARLIAMENT STUDY, s. 48, 54, 55.

⁷¹⁵ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Criminal Code of the Republic of Hungary, (Erişim Tarihi: 23.10.2015), EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Hungary, Council of Europe, 2015, s. 12.

gösterilen, gözetim altında bulundurma, kamusal hizmette çalıştırma, para cezası, mesleğin yapılmasından men, araç kullanmanın yasaklanması, belli bir bölgede ikamet etmenin yasaklanması, spor faaliyetlerine katılmanın ya da yurtdışına çıkmanın yasaklanması yaptırımlarının biri ya da birkaçının birden uygulanması mümkündür. Diğer yandan yine MCK'nun 63. maddesinin 2 ila 4. maddelerine göre, kınama, denetimli serbestlik, zararın telafi edilmesi, müsadere, elektronik bilgiye ulaşılmasının engellenmesi cezai tedbirlerinin, ceza yaptırımları yerine ya da onlarla birlikte uygulanması da mümkündür. Bu anlamda, Kanun'un 332. maddesinin karşılığında öngörülen ceza, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza olarak öngörülmüş olduğundan, bahsettiğimiz tedbirlere, ceza yerine ya da ceza ile birlikte hükmolunması söz konusu olabilecektir⁷¹⁶.

Madde metnindeki suçun “*kamuya açık bir şekilde*” işlenmesinden anlaşılması gerekenin ise, diğer yollar yanında basın, medya hizmetleri, yayının çoğaltılması ya da elektronik haberleşme ağı yollarıyla işlenmesi olduğu, Kanun'un 459. maddesinde ifade edilmiştir. Diğer yandan, Macaristan Yüksek Mahkemesi de bu kavramı, suçun sayıca belirlenmesi mümkün olmayan bir topluluk nezdinde ya da böyle bir topluluğun suçu öğrenebilme/algılayabilme imkânının bulunduğu bir ortamda işlenmesi olarak yorumlamıştır⁷¹⁷.

Son olarak, Macar Hukukuna göre tüzel kişilerin de cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Bu anlamda, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu düzenleyen 2001 tarihli Kanun'un (CIV) 2. maddesindeki şartlar varsa, sorumluluk söz konusu olacaktır⁷¹⁸.

J. Polonya

İnceleme konumuza benzer bir suç tipi, 1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nun (PCK) 256. maddesinde yer almaktadır.

Söz konusu madde, aleni bir biçimde faşist ya da diğer bir totaliter sistemin savunulması veya milliyet, etnik köken, ırk ya da din farklılığına dayanarak yahut dini inançsızlık temelli olarak nefret tahrikinde bulunulmasını cezalandırmaktadır. Fakat madde

⁷¹⁶ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Hungary, s. 258, 259.

⁷¹⁷ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Hungary, s. 259.

⁷¹⁸ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Hungary, s. 266.

kapsamında cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli nefrete tahrik fiilleri cezalandırılmamaktadır.⁷¹⁹

Maddenin ikinci paragrafı ise, birinci paragrafta belirtilen niteliklere sahip yazılı evrak, kayıt ya da herhangi bir malzemenin, yayılmak amacıyla, üretilmesi ve depolanmasını cezalandırmaktadır. Bu anlamda, PCK’nun 256. maddesinin, nefrete tahrik ve faşist ya da totaliter bir sistemi savunmak fiillerinden hareketle bir suç tipi oluşturduğunu, aynı madde kapsamında, şiddete yahut ayrımcılığa tahrik kavramlarına yer vermediğini ifade etmek gerekmektedir⁷²⁰. Fakat Polonya hukuk sisteminde “*nefrete tahrik*” kavramının mahkemeler ve Polonya yetkilileri tarafından, ayrımcılığa kışkırtmanın, Ceza Kanunu’nun 256. maddesi kapsamındaki içerikleri yayma, dağıtma, üretme veya depolamayı da kapsayacak şekilde oldukça geniş bir biçimde yorumlandığını da ifade etmek mümkündür. Zira Polonya Yüksek Mahkemesi’nin 5 Şubat 2007 yılında SN yargılamasında vermiş olduğu karara göre Ceza Kanunu’nun 256. maddesinin uygulanmasında nefrete tahrik, belirli kişiler ya da tüm toplumsal yahut dini topluluklara yönelik güçlü nefret, öfke, dışlama yahut düşmanlık hislerini kışkırtan ifadeleri de kapsamına almaktadır⁷²¹.

Diğer yandan, şiddete tahrik fiili bakımından göz önünde bulundurulmuş hükmün PCK’nun 126a maddesi olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira bu madde hükmüne göre, milliyet, etnik köken, ırk, politik, mezhep ya da belli bir dünya görüşü temelli olarak bir topluluğa karşı soykırım ya da eziyet yapılması veyahut kasten öldürme tahrikinde bulunulması yahut böyle bir fiilin övülmesi ya da bu özelliklere sahip bir kimse ya da topluluğa karşı şiddet kullanılması veya tehdit edilmesi tahrikinde bulunulması veyahut bu nitelikteki fiillerin övülmesi, cezai yaptırımı gerektirmektedir. Bu anlamda, PCK’nun 126a maddesi kapsamında şiddete tahrik kavramı, adı geçen topluluğa yönelen bir suçun işlenmesine tahriki cezalandırırken, 256. maddesi, madde kapsamında gösterilen özellikteki kişi ya da topluluklara karşı güçlü bir nefret, kin ya da düşmanlık veya ayrımcılık duygusu oluşturulmasına yönelik tahrik fiillerini cezalandırmaktadır⁷²².

Tüzel kişilerin sorumluluğu bakımından ise, “*Yasaklanan Fiillerden Dolayı Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında Kanun*”un 3. maddesi gereğince tüzel kişilerin

⁷¹⁹ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, Council of Europe, 2015, s. 12, 16, 18.

⁷²⁰ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, s. 12.

⁷²¹ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, s. 48.

⁷²² EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, s. 12, 48.

sorumluluğunun kabul edilmiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira söz konusu madde, tüzel kişinin namına hareket eden bir şahsın hukuka aykırı bir fiil işlemesi halinde, tüzel kişinin cezai sorumluluğunun gündeme geleceğini açıkça düzenlemiştir. Aynı Kanun'un 12. maddesi gereğince ise, PCK'nun 256 ila 258 maddelerinde tanımlanan suçlardan dolayı tüzel kişinin sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür⁷²³.

K. Yunanistan

TCK'nun 216. maddesinin 1. maddesinde düzenlenen suç tipine benzer nitelikteki fiiller, Yunan Ceza Kanunu (YCK) ile birlikte uygulama alanı olan 1979 tarihli ve 927 sayılı Irk Ayrımcılığı Kanunu'nda yer almaktadır. Söz konusu Kanun'da 2014 tarihinde ve 4285 sayılı Kanun'un birinci maddesiyle, çeşitli değişiklikler yapılmış olmakla birlikte⁷²⁴, Kanun'un inceleme konumuza ilişkin düzenlemesi şöyledir:

“Her kim, kasten ve aleni bir şekilde bir kimse ya da topluluğa karşı ırk, ten rengi, din, soy, milliyet ya da etnik köken, cinsiyet veya cinsel yönelim bakımından, kamu düzenini tehlikeye sokacak veya bu özelliklere sahip kişilerin yaşam, özgürlük ve fiziksel bütünlüklerini tehdit edecek şekilde ayrımcılık, nefret ya da şiddet eylemlerine söz, basın-yayın, internet ya da herhangi diğer bir yolla tahrik veya teşvik eder veyahut bu tür eylemlerin ortaya çıkmasına neden olursa, üç aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve beş bin eurodan yirmi bin euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.

Her kim, birinci fıkrada gösterilen araçlarla, yukarıda belirtilen kişi ya da grupların kullandığı bir eşyaya zarar vermeye ya da bu eşyayı yok etmeye başkalarını kasten tahrik ya da teşvik ederse, üç aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve beş bin eurodan yirmi bin euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.

Tahrik veya teşvik fiili neticesinde bir suç işlenirse, hükmolunacak hürriyeti bağlayıcı cezanın asgari haddi altı ay olup, ayrıca on beş bin eurodan otuz bin euroya kadar para cezasına hükmolunur. Hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın bir yılı aşması halinde, siyasi hakların kullanılmasının bir yıldan beş yıla kadar kısıtlanmasına karar verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin, kamu görevlisi tarafından görevini icra ettiği sırada işlenmesi halinde, birinci ve ikinci fıkra bakımından hükmolunacak ceza, altı aydan

⁷²³ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, s. 13.

⁷²⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 208, 209, EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Greece, Council of Europe, 2015, s. 13.

üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve on bin eurodan yirmi beş bin euroya kadar para cezası, üçüncü fıkradaki hallerde ise, bir yıldan az olmamak kaydıyla hürriyeti bağlayıcı ceza ve yirmi beş bin eurodan elli bin euroya kadar para cezasıdır”⁷²⁵.

Avrupa Birliği kapsamında alınan 2008/913/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı göz önünde bulundurularak 2013 yılında yapılan yukarıdaki değişikliklerle, inceleme konumuza ilişkin olarak Yunanistan’da oldukça ayrıntılı düzenlemeler getirildiğini ifade etmek mümkündür. Madde kapsamında salt kasten ve aleni olarak “*nefrete tahrik*” değil, ayrıca “*ayrımcılık ya da şiddet*” tahrik fiilleri de suç olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, mağdur topluluğun da geniş olarak ele alındığı görülmektedir. Ancak, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun 7 sayılı Genel Politika Tavsiyesinde belirtilen “*dil*” ve “*vatandaşlık*” temelli tahrik fiillerine suç tipinde yer verilmemiş olduğunu söylemek mümkündür⁷²⁶.

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bakımından ise, Yunan hukukunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, yukarıdaki fıkralarda belirtilen nitelikte fiillerin, tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde 4285/2014 sayılı Kanun’un 4. maddesi gereğince, tüzel kişi hakkında idari para cezası uygulanması mümkündür⁷²⁷.

Suçun basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde de yayımcının suç teşkil eden içeriği yayımlaması nedeniyle cezai sorumluluğuna ilişkin yazarın sorumluluğundan ayrı bir özel sorumluluk düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, suç teşkil eden fiilin, yazılı basın yoluyla işlenmesi halinde, Mahkemeler tarafından yazar ve yayımcı hakkında aynı cezaya hükmedilmesi mümkün olabilmektedir. Diğer yandan, yazılı basın sahibinin Medeni Kanun’a göre objektif özel hukuk sorumluluğu bulunmakta olup, yazı işleri müdürünün de özel hukuk hükümlerine göre tazminat sorumluluğuna gidilebilmektedir⁷²⁸.

L. Değerlendirme

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun düzenlendiği TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrası ile bu suça benzer suç tiplerine yer veren ülkelerin düzenlemeleri değerlendirildiğinde, söz konusu düzenlemeler arasında göze çarpan ilk farklılığın,

⁷²⁵ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 208, 212, 213.

⁷²⁶ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Greece, Council of Europe, 2015, s. 13, 14.

⁷²⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Greece, Council of Europe, 2015, s. 14.

⁷²⁸ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 216.

inceleme konumuz kapsamındaki fiillerin TCK kapsamında “*kin ve düşmanlığa tahrik*”, söz konusu ülkelerin düzenlemelerinde ise “*nefrete tahrik*” şeklinde adlandırılmasıdır. Belirtmek gerekir ki söz konusu farklılık, terminolojik nitelikte olup, aslında gerek “*kin ve düşmanlığa tahrik*” ve gerek ise “*nefrete tahrik*” niteliğindeki fiiller ve bu suçların korumak istediği hukuki değerler paralellik arz etmekte ve iki terim arasında esaslı bir farklılık söz konusu olmamaktadır⁷²⁹.

Diğer bir husus, “*kin ve düşmanlığa tahrik*” ve “*nefrete tahrik*” ibarelerinin kapsamının “*şiddete tahriki*” içine alacak şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı hususudur. Belirtmek gerekir ki, özellikle Avrupa Komisyonu’nun hazırladığı raporlar doğrultusunda, üye devletler, “*şiddete tahrike*” suç tipini tanımlayan madde metinleri içerisinde ayrıca yer vermektedirler. Ancak diğer yandan, Çek Cumhuriyeti gibi bazı ülkelerde, ülkemizde de olduğu üzere, şiddete tahrik ayrıca maddeye eklenmemekte ve yargı mercileri tarafından “*nefrete tahrikin*”, “*şiddete tahriki*” de içerdiği yönünde yorumlar yapılmaktadır. Bu kapsamda aslında incelediğimiz ülkelerin düzenlemeleri bakımından genel olarak ortak nokta, tahrikin “*nefrete*”, “*ayrımcılığa*” ve “*şiddete*” yönelik olduğu durumların ayrı hususlar olduğu ve suç tipinin oluşabilmesi için tahrikin, mutlaka “*şiddete tahrik*” niteliğinde olması gerekmediğidir. TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrası bakımından ise, kanun koyucu madde gerekçesinde, sadece şiddeti tavsiye eden tahriklerin de “*kin ve düşmanlık*” olarak madde kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiş olmakla birlikte uygulamada Yargıtay, kanaatimizce hatalı olarak, somut olayda “*kin ve düşmanlığa*” tahrikin olduğunun kabul edilebilmesi için “*kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi gerektiği*” üzerinde durmaktadır. Bu anlamda Türkiye uygulamasında “*şiddete tahrik*” oluşturmayan “*nefrete tahrik*” fiillerinin suç teşkil etmediği gibi bir sonuçla karşılaşılmaktadır⁷³⁰.

Belirtmek gerekir ki 15 Mart 2016 tarihinde Venedik Komisyonu’nun TCK’nun 216. maddesi hakkında hazırladığı rapora göre, TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, yerel mahkemeler tarafından uluslararası standartlarda yorumlanması gerekmektedir. Bu anlamda, hükümet

⁷²⁹ Örneğin ACK’nun 130. maddesinin 1. fıkrasında yer alan nefrete tahrik ibaresindeki nefret, düşmanlıkların doğma zemini olarak anlaşılmaktadır. KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, s. 679.

⁷³⁰ YCGK, 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, YCGK, 2004/8-130 E., 2004/36 K., 23.11.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:20.12.2015)

politikalarını sert bir şekilde eleştiren ve şiddet içermeyen ifadelerin bu madde kapsamında cezalandırılması mümkün olmamalıdır⁷³¹.

Bir diğer önemli nokta, inceleme konumuza ilişkin suçun mağdur çeşitliliğinin, söz konusu ülkelerde günümüz koşullarına uygun bir biçimde genişletilmesi çalışmalarıdır. Nefret suçları ve söylemine ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz üzere, suçun mağduru, düzenlendiği ülkenin tarihi ve kendi yapısıyla sıkı bir ilişki içerisinde. Bu nedenle her ülke bu konuda bir diğerinden farklı bir mağdur grubu da belirleyebilmektedir. Hatta bazı ülkelerde bu “engellilik”, diğerlerinde “obezite”, “meslek” yahut “ideoloji”ye kadar genişleyebilir. TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrası bakımından ise, mağdur grubunun, incelediğimiz ülkelerin birçoğundakine oranla, oldukça dar kapsamlı olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira söz konusu ülkelerin düzenlemelerinde bugün, ırk, ten rengi, dil, din, dünya görüşü, vatandaşlık, etnik köken, milliyet, cinsiyet, engellilik, yaş, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, fiziksel ya da genetik özellik, medeni durum, maddi durum, sendikal ilişki gibi birçok özelliğe sahip halk kesimi mağdur grubu olarak yer almaktadır. TCK’nun 216. maddesi bu hususta oldukça geride kalmıştır.

İncelediğimiz ülkelerin düzenlemeleri bakımından dikkat çeken bir diğer husus, Avusturya ve Macaristan gibi ülkelerin, nefrete, ayrımcılığa ve şiddete tahrik fiillerini, sadece madde metninde sayılan belirli özelliklere sahip topluluklara karşı değil, o topluluğun bir üyesine karşı, bu topluluklardan birinin üyesi olması nedeniyle gerçekleştirilmesi halini de cezalandırmış olmasıdır. TCK bakımından ise, bu nitelikte bir düzenleme söz konusu değildir.

Bir diğer husus, Av.CK’nda, tahrik fiili neticesinde, belli bir grup/topluluğa ya da bu grup/topluluğun bir üyesine karşı şiddet fiillerinin işlenmesi halinde, altı aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedileceğinin düzenlenmek suretiyle, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline yer verilmiş olmasıdır. Benzer bir şekilde Estonya düzenlemesinde de nefrete tahrik fiilinin, bir kimsenin ölümüne, sağlığının zarar görmesine ya da daha başka ciddi neticeler doğmasına sebebiyet vermesi halinde cezanın artırılacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu husus, TCK’nun 216. maddesi bakımından da bir eksiklik olup, kanun koyucunun “kin ve düşmanlığa tahrik” neticesinde, kendisine karşı

⁷³¹ **VENICE COMMISSION**, European Commission For Democracy Through Law, Opinion On Articles 216, 299, 301 and 314 of The Penal Code of Turkey, Opinion No. 831/2015, Council of Europe, s. 13.

tahrikte bulunan halk kesimi yahut üyelerine karşı bir suç işlenmesi halini ayrıca düzenlemesi gerekmektedir.

Değınmek istediğımız bir diğır husus, bazı ÷lkelerin suç tipinin t÷zel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halini düzenlemiş olduğudur. Bu kapsamda Macaristan ve Polonya hukukunda inceleme konumuz kapsamındaki suç tipi nedeniyle t÷zel kişilerin ceza sorumluluğı kabul edilmişken, Estonya ve Finlandiya’da haklarında para cezasına hükmedilebileceğı, Çek Cumhuriyeti’nde ise soruşturma başlatılabileceğı düzenlemesine yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK bakımından ise, bu suçun t÷zel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde t÷zel kişi hakkında herhangi bir cezai yaptırımın uygulanması mümkün değildir. Zira TCK’nun “*T÷zel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri*” başlıklı 60. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, “*Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiğı hallerde uygulanır.*” hükmü gereğince, iznin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanması için, TCK’nun 216. maddesinde, suçun t÷zel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, t÷zel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağıının ayrıca belirtilmiş olması gerekmektedir.

Bir diğır önemli nokta, bazı ÷lke düzenlemelerinde nefrete tahrikin cezalandırılmasının, ÷lkemizde olduğı gibi bir cezalandırılabilme şartına bağlanmış olmasıdır. Bu şart ACK’nda “*kamu barışını bozmaya elverişlilik*” iken Av.CK’nda “*kamu düzenini tehlikeye düşürecek elverişlilik*” ECK’nda ise tahrikin cezalandırılması, suç teşkil eden fiilin “*herhangi bir kimsenin hayat, sağık veya malvarlığı hakları üzerinde tehlike yaratması*” şartına bağlanmışken, FCK’na göre, “*kamu düzeni ve güvenliğinin açıkça tehlikeye sokulması*” şartına bağlanmıştır. YCK ise bu şartı, suçun “*kamu düzenini tehlikeye sokacak şekilde*” işlenmesine bağlamıştır. TCK’nun “*kamu güvenliğı bakımından açık ve yakın tehlike*” şartını benimsemiş olması bakımından ise, bu düzenlemelerle karşılaştırıldığında, “*açık ve yakın tehlike teorisi*”nin, ABD’de uygulanma şekli düşünüldüğünde, oldukça sıkı şartlara bağılı olarak yorumlanıyor gibi görünse de uygulamada Yargıtay, teorinin Amerikan yorumundan ziyade, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin (İHAM) istikrar arz etmeyen “*şiddete tahrik*” ölçütünü esas almaktadır⁷³².

⁷³² YCGK, 2007/8-244 E., 2008/92 K., 29.04.2008, YCGK, 2004/8-130 E., 2004/36 K., 23.11.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi:20.12.2015), Açık ve yakın tehlike teorisine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 97 vd.

Diğer yandan, Almanya ve Fransa dışında incelediğimiz her ülke suçun oluşmasını aleniyet unsurunun varlığına bağlamıştır. İnceleme konumuz kapsamındaki suçun, alenen işlenmesi Fr.BÖK’na göre daha ağır cezayı gerektiren bir haldir. Bu kapsamda Fransa’da “aleniyet”, suçun temel şeklinin işlenmesi bakımından unsur olarak aranmamakta ancak bu nitelikte bir fiilin “alenen” işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

VI. HALKI KİN ve DÜŞMANLIĞA TAHRİK veya AŞAĞILAMA SUÇLARININ NEFRET SUÇLARIYLA İLİŞKİSİ

A. Nefret Suçu ve Nefret Söylemi Kavramları

Nefret suçu ve nefret söylemi, birçok ülke yasalarında, karşılığında cezai yaptırım öngörülen fiiller olarak değerlendirilmekle birlikte, zaman zaman ülkemizde de bu konuya ilişkin düzenlemelerin yetersizliği noktasında çeşitli tartışmalar yaşanmaktadır. Zira bu suçlar neticesinde, mağdurun yaşam, özgürlük ve güvenlik gibi hakları bakımından uğradığı doğrudan zarar yanında, mağdurun ait olduğu topluluk ve toplum üzerinde de dolaylı bir zarara neden olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu nedenle, söz konusu suçların mağdurunun, toplumsal barışın ve kamu düzeninin korunabilmesi için, hukuk düzeninin nefret saiki ile işlenen bu suçlara, ortaya çıkan ihlal ve zarar ile orantılı bir yaptırımın uygulaması gerektiği dile getirilmektedir⁷³³.

⁷³³ ÖNER, Mehmet, Zülfü, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, TBBD, Sayı: 116, 2015, s. 88.,

Nitekim bu tür suçların işlenmesi ile öncelikli olarak suçun mağduru etkilenmektedir. Bir kere mağdurun, mağdur olmasına neden olan karakteristik özelliklerinin değişmesinin mümkün olmaması sebebiyle, gelecekte gerçekleştirebilecek saldırı riskini minimize etmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle tekrar saldırıya uğramak tehlikesi altındadır. Bununla birlikte bu suçun mağdurları, kişi bağımsızlığı ve onurlarının zedelenmesi yanında depresyon, anksiyete, çaresizlik ya da tecrit edilmişlik gibi psikolojik sorunlarla karşı karşıyadır. Mağdurun dâhil olduğu grup açısından ise, bu grubu oluşturan kişiler, kendilerine de bu şekilde bir saldırı gerçekleştirebileceği tehdidi ve korkusunu yaşarlar. Bununla birlikte, hedef grubun duyduğu korku, endişe ve öfke, onları, failerin dâhil olduklarını düşündükleri gruba yöneltmek suretiyle, kamusal bir zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bu kamusal zarar ise, salt hedef alınan grubun güvenliğinin ya da mülklerinin ihlal edilmesi şeklinde değil, aynı zamanda heterojen bir toplumda ırk ve din temelli barışın ve vatandaşlar arasındaki eşitlik inancının da ihlal edilmesi şeklinde ortaya çıkar. Böylece, toplum yaşantısı içerisinde, bir taraf seçme şeklinde gerçekleşen kutuplaşmalar da söz konusu olur. **LAWRENCE, Frederick, M.**, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, Michigan Law Review, Vol. 93, No. 2, Nov., 1994, s. 343, 345, 346, 347, 367., **PERRY, Barbara, BELL, James G.**, Outside Looking In: The Community Impacts of Anti-Lesbian, Gay, and Bisexual Hate Crime, Journal of Homosexuality, 62:98–120, 2015, s. 103, **LAWRENCE, Frederick, M.**, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, Notre Law Review, Vol. 68, Iss. 4, April, 2014, s. 698, **TOURKOCORİTİ, Ioanna**, Should Hate Speech Be Protected? Group Defamation, Party Bans, Holocaust Denial And The Divide Between (France) Europe And The United States, Columbia Human Rights Review, Vol. 45, No. 2, 2014, s. 584, 596, **WALDRON, Jeremy**, Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, Harvard Law Review, Vol 123, s. 1614, **MORGAN, Glyn**, Mill’s Liberalism, Security, and Group Defamation, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088405 (Erişim Tarihi: 14.05.2015), s. 8, 9, **SIMPSON, Robert, Mark**, Dignity, Harm and Hate Speech, Law and Philosophy, Vol. 32, Iss. 6, 2013, s. 707, **BUYSE, Antoine**, Word of Violence: “Fear Speech”, or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, Human Rights Quarterly, Vol. 36, No. 4, November 2014, s. 781, 782.

Bu anlamda bu yazarlar, düşüncenin ifadesinin sınırlandırılmasıyla ortaya çıkacak zarar ile nefret söylemi nedeniyle ortaya çıkan zararın eşit ya da ondan daha fazla olduğuna inanmaktadırlar. **MASSARO, Toni M.**, Equality and Freedom of

Nefret kavramı, tiksinti, tiksinti, bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu olarak tanımlanmış olup⁷³⁴, nefret suçları kavramını, “ön yargı” suçları olarak kullanan yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre, “nefret suçları” kavramı, aşırı nitelikteki duyguları çağrıştırmakta, bu nedenle önyargı saikiyle ortaya çıkan şiddeti kapsayan en uygun terim, “ön yargı suçları” olmaktadır. Zira önyargı saikiyle ortaya çıkan şiddetin kökeninde, failin, mağdurun ırk, etnik köken, din veya ulusal kökeni gibi özelliklerini dikkate almak suretiyle suçu işlemesi yatmaktadır⁷³⁵. Nefret söylemi kavramı ise, bazı yazarlar ve birçok ülkedeki hukukçular tarafından “*Topluluğa Hakaret*” olarak ifade edilmektedir⁷³⁶.

“Nefret suçları”nın, üzerinde uzlaşa sağlandığı ve genel olarak kabul edilen bir tanımının var olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bu kavram çok yeni olmakla birlikte hukuki anlamının belirlenmesi aşamasında üzerinde tartışılan ve farklı şekillerde yorumlanan her kavram gibi nefret suçu kavramı da çeşitli açılardan ele alınmakta, kapsamı, bu farklı görüşler etkisinde daralmakta ya da genişlemektedir.

“Nefret söylemi” ise, nefret suçu ile aynı anlama gelmeyip, genellikle nefret suçlarının işleniş şekillerinden birini oluşturmaktadır.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından yapılan bir tanıma göre, “Bir şahsa veya mülküne karşı işlenen herhangi bir suçun kaynağı o kimsenin ırkı, rengi, etnik

Expression: The Hate Speech Dilemma, William&Mary Law Review, Vol. 32, Iss. 2, 1991, s. 231, **JONES, Thomas, David**, Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression and The Law Of Nations: What International and Domestic Laws Can Teach The United States, Houston Journal Of International Law, Vol. 21, Iss. 3, 1999, s. 590, **ROMERO, Victor C.**, Restricting Hate Speech against Private Figures: Lessons in Power-Based Censorship from Defamation Law, Columbia Human Rights Law Review, Vol. 33, Iss. 1, 2001, s. 6,8, **ATTIAS, Bernardo, Alexander**, Hate Group Speech in the Public Forum: Free Speech or Free for All?, Western States Communication Association Convention, 25.02.2001, www.csun.edu/~hfspe002/hatespeech.pdf, (Erişim Tarihi: 07.10.2015), s. 3, 4.

Söz konusu düzenlemelere yer verilmesi gerekliliğini, güvenlik hakkı çerçevesinde düzenli bir toplumda olması gereken, eşitlik, insan onuru, adalet, şiddetten ve dışlanmadan korunma temel haklarına bağlayan yazarlar da bulunmaktadır. Zira nefret söylemi ya da topluluğa hakaret teşkil eden fiiller, söz konusu kesim üzerinde toplumsal eşitlik, sosyal saygınlık, anayasal haklar ve insan hakları temelinde insan onuruna saldırı oluşturmaktadır. Bu anlamda örneğin, tüm Müslümanların terörist olduğunu iddia eden bir sav, “nefret söylemi” kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak, böyle bir yaklaşım, yasanın, dinin kurucuları veya Tanrı’nın itibarı yahut mezhepsel inanışları koruduğu anlamına gelmemektedir. Topluluğa dâhil olan kişilerin “onuru” ve “yaşamlarını güvenli bir şekilde sürdürme duygusu”, saldırı peygamberlere ya da kutsal kitaba (Kur’an) yönelse de, bu kişilerin inandıkları değerlerden keskin bir biçimde ayrılmaktadır. **WALDRON**, s. 1610, 1612, 1626, 1627, 1646, 1653, **SIMPSON**, s. 713, 719, 720, **DANCHIN, Peter G.**, Defaming Muhammad: Dignity, Harm, and Incitement to Religious Hatred, Duke Forum For Law & Social Change, Vol.: 2:5, 2010, s. 17,

Bununla beraber, özellikle nefret söyleminin sınırlandırılması gerekçesinin, fiziksel şiddete dayandırılması gerektiğini savunan liberal yazarlar da vardır. Zira bu yazarlara göre, sınırlandırılmanın gerekçesinin, hedef kişi/topluluk üzerinde her an gerçekleşebilecek, son derece ciddi neticeler doğurma tehlikesine değil de, bu kişi/topluluğun duyduğu psikolojik-duygusal etkenlere bağlanması, birçok düşünceyi ifade şeklinin psikolojik ya da duygusal bir zarara sebebiyet verme ihtimali olması nedeniyle, oldukça belirsiz bir sınırlandırma alanının yaratılmasına sebebiyet verecektir. **MASSARO**, s. 229, 230.

⁷³⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁷³⁵ **LAWRENCE**, s. 321.

⁷³⁶ **WALDRON**, s. 1601, 1602, **SIMPSON**, s. 718.

*kökeni ya da uyruğu, dini, cinsiyeti veya cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği, yaşı, fiziksel veya zihinsel engelleri yahut buna benzer bir aidiyeti ise, bu suç nefret suçudur.*⁷³⁷

Amerika Birleşik Devletlerinde 1990 yılında yürürlüğe giren Nefret Suçları İstatistikleri Yasasında ise nefret suçu “*etnik, cinsel yönelim, din, ırk temeline dayanan önyargı ve saik ile işlenen suç*” olarak tanımlanmıştır. Yasadaki bu tanımın kapsamı daha sonra 2004 yılında engellilik, 2009 yılında ise cinsiyeti ve cinsel kimliği içine alacak şekilde genişletilmiştir⁷³⁸.

2007 yılında İngiltere’deki Polis Servisi, Kraliyet Soruşturma Servisi ve İnfaz Servisi ile diğer birimler tarafından ceza adalet sisteminde nefret suçlarının tanımı konusunda ortak bir çerçeve oluşturmak için yapılan çalışma sonucunda ise nefret suçu, “*bir mağdurun kişisel özellikleri temelinde oluşan düşmanlık veya ön yargı saiki ile işlenen herhangi bir suç olarak*” tanımlanmıştır. Ayrıca çalışmada, ırk, din/inanç, cinsel yönelim, engelli olma ve cinsel kimlik saiki ile işlenen suçlar nefret suçu olarak belirlenmiştir⁷³⁹.

Türkiye’de 2012 yılında 62 Sivil Toplum örgütünün katılımıyla oluşturulan Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu nefret suçunu şöyle tanımlamaktadır: “*Nefret saiki deyiminden; herhangi bir kişi veya gruba karşı, o kişi veya grubun ait olduğu veya ait olduğu sanılan ırk, etnik köken, renk, dini inanç veya inançsızlık, dil, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, fiziksel veya zihinsel engellilik, sağlık durumu veya yaş nedeniyle bu kanunda belirtilen suçlardan birine hedef olmasına nefret saiki ve bu saikle işlenen suçlara nefret suçu denir.*”⁷⁴⁰

Nefret söylemi tanımına ise, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen R (97) 20 sayılı kararda yer verilmiştir. Buna göre nefret söylemi, “*yabancı düşmanlığını, ırkçı nefreti, antisemitizimi ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, öven ya da haklı gösteren her türlü ifade biçimi*” olarak tanımlanmıştır⁷⁴¹.

⁷³⁷ <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime>, (Erişim Tarihi: 29.04.2016)

⁷³⁸ ÖNER, s. 90.

⁷³⁹ ÖNER, s. 91.

⁷⁴⁰ www.yasemininceoglu.com/pdf/nefret_suclari_taslagi_10.11.2012.pdf, (Erişim Tarihi: 23.06.2015)

⁷⁴¹ KOLTAY, András, Hate Speech and The Protection of Communities in The Hungarian Legal System, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2197914, (Erişim Tarihi: 06.01.2014), s.1., SOTTIAUX, Stefan, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, European Constitutional Law Review, 7:40-63, 2011, s. 53, İNCEOĞLU AYTEKİN, Asuman, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Derleyen: Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 107.

İnsan Hakları İzleme Örgütü ise nefret söylemini, “ırksal, etnik veya dini gruplara ve diğer farklı azınlıklar ile kadınlara karşı saldırgan kabul edilebilecek her türlü ifade açıklaması” olarak tanımlamıştır⁷⁴².

Böylece, nefret suçları (önyargı saikli suçlar), mağdurun bazı karakteristik özellikleri nedeniyle ve bir topluluk ya da grupla bağdaştırılmak suretiyle işlenen suçlardır. Fail, bu tür suçlarda mağduru, ırk, renk, din, milliyet, etnik köken, engellilik, cinsiyet, cinsel yönelim vs. özelliklerine göre belirlemektedir⁷⁴³. Dolayısıyla, nefret suçları, “mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan kaynaklanan olumsuz bir düşünce, önyargı, düşmanlık veya özetle ‘nefret’ saikine sahip olan fail tarafından, bu kasıtlı işlenmesi yönüyle diğer suçlardan farklı bir niteliğe sahiptir.”⁷⁴⁴

Nefret söylemi ise, mağdurun bazı karakteristik özelliklerinin hedeflenerek gerçekleştirilen önyargılı söylemler olarak ifade edilmektedir. Fail, mağdurun cinsiyet, cinsel yönelim, ırk, etnik köken, din, milliyet veya engelliliği gibi bazı karakteristik özellikleri nedeniyle onu bir topluluk/grup içinde tanımlamakta⁷⁴⁵, tehdit, aşağılama veya incitici ifadelerle onurunu kırarak fiillerde bulunmaktadır⁷⁴⁶. Bu tür söylemler, bir ırka isim takmak, aşağılayıcı karikatürler çizmek, şiddet kullanma tehdidinde bulunmak, şahısları hayvan şeklinde resmetmek ve yok edilmeleri gerektiğini ifade etmek şeklinde ortaya çıkabilmektedir⁷⁴⁷. Amerika Birleşik Devletleri’nde, nefret söylemi tartışmaları, haç yakmak, bir ırka hakaret etmek, bir dini aşağılamak, korunmaya muhtaç azınlık bir grubu

⁷⁴² **ONBAŞI GENÇOĞLU, Funda**, Social Media and the Kurdish Issue in Turkey: Hate Speech, Free Speech and Human Security, Routledge Taylor&Francis Group, Turkish Studies, Vol. 16, No. 1, 2015, s. 117.

⁷⁴³ Nefret söylemi ve suçu ifadelerinde seçilen “nefret” ifadesi aşırı güçlü ve ağır negatif bir duyguya göndermede bulunmakla birlikte, çoğu durumda aşağılama, hakaret, alay etme ve incitici ve küfür içeren ifadeleri tanımlamak için kullanılmaktadır. **USLU, Cennet**, Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti, DÜSBD, Sayı: 38, Ekim 2013, s. 187, **WALDRON**, s. 1601 (13. dipnot), Ancak, kelimeye yüklenen bu “aşırı” güçlü anlamın diğer bir yönü de birer insani duygu olan olağan bir hoşgörüsüzlük ya da antipati duyma/hoşlanmama gibi duyguların, yasal düzen tarafından yasaklanabilecek duygular olmadığıdır. **MCGONAGLE, Tarlach**, The Council of Europe against Online Hate Speech: Conundrums and Challenges, Council of Europe Conference of Ministers Responsible for Media and Information Society, Freedom of Expression and Democracy in the Digital Age, Opportunities, Rights, Responsibilities, Belgrade, 7-8 November, 2013, s.5.**HAN, Eun Hee**, Hate Crimes and Hate Speech, The Georgetown Journal of Gender and the Law, Vol: 7, 2006, s. 680, **AKINCI SOKULLU, Füsün**, Hate Crimes, Annales XLI, N. 58, 2009, s. 102., Söz konusu bu özellikler, her ülkenin yasa koyucusu tarafından o ülkenin tarihi ve kendi yapısı dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir. Birçok ülkede “ırk” bu kapsamda koruma altında olmakla beraber, diğer bazı ülkelerde “cinsiyet”, “cinsel yönelim”, “engellilik”, “meslek”, “ideoloji” ya da “politik görüş” de bu korunan özellikler arasında sayılmaktadır. **AKINCI SOKULLU**, s. 105.

⁷⁴⁴ **ÖNER**, s. 88

⁷⁴⁵ Doktrinde bazı yazarlar, nefret söylemi tanımını oldukça dar tutmakta ve bu tanımları sadece ırk ve etnik köken ya da tarihsel mağduriyeti olan ırklar üzerinden yapmaktadır. **JONES**, s. 587, 595, **ROMERO**, s. 10, **ATTIAS**, s.2, 9.

⁷⁴⁶ **JONES**, s. 587, **HAN**, s. 680., **SIMPSON**, s. 701, **WALDRON**, s. 1609, 1610.

⁷⁴⁷ **HAN**, s. 680., **SIMPSON**, s. 701, **WALDRON**, s. 1609, 1610.,

Diğer bazı nefret söylemi tanımları için bkz. **BANKS, James**, Siberalemde Sınır Aşan Nefret Söylemleri Konusunda Avrupa Düzenlemeleri: Yasal Düzenlemenin Sınırları, Çev. Celalettin Dönmez, Küresel Bakış, Yıl: 4, Sayı: 13, Nisan 2014, s. 34.

el ilanı, poster ya da internet yoluyla hayvan şeklinde resmederek hakaret etmek, nefret duyulan grubun üyelerine karşı birleşme çağrısı yapmak, gamalı haç ile Yahudi mahallelerinde protesto gösterisi yapmak ve “*Hitler, bu işi bitirmeliydi*” yazan oyun kartları gibi türlü türlü olayları kapsamaktadır⁷⁴⁸. Böylece nefret söylemi, nefret ve nefrete tahrikten, küçümseme ve aşağılayıcı nitelikteki ifadeleri hatta aşırı nitelikteki önyargı şekillerini içine alan geniş bir kavramdır⁷⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki, nefret söylemi, bir fikrin ifadesi şeklinde ortaya çıkan, oluşması için failin bir önyargı/saikle hareket etmesini gerektiren ancak ceza hukuku anlamında yaptırıma bağlanan bir fiilin olmasını zorunlu kılan bir kavram değildir⁷⁵⁰. Dolayısıyla, nefret söylemi aslında genellikle suç olarak yaptırıma bağlanan bir eylem değildir. Ancak, belli bir ağırlık ya da içeriğe sahip olması durumunda, ki bu halde her ülke farklı kriterleri esas almaktadır, bazı ülkelerin mevzuatında suç olarak ihdas edilmektedir⁷⁵¹. Nefret söylemi cezalandırıldığı zaman, ifade edilen söylemin kendisi cezalandırılmaktadır⁷⁵².

Oysa nefret suçları açısından, mağdur hakkında bir önyargı/onun aidiyet duyduğu bir grubun karakteristik bazı özellikleri nedeniyle suçun işlenmesi gibi bir saik olmasa da fiil suç teşkil etmektedir⁷⁵³. Örneğin bir kasten öldürme vakasında, eğer mağdur “*şahsından*” ziyade kimliği ile ilişkili olarak ve failin gruba yönelik önyargısı veya nefreti sebebiyle kasten öldürmenin hedefi olmuş ise, bu sadece bir kasten öldürme suçu olarak değil, nefret suçu kategorisinde bir kasten öldürme suçu olarak kabul edilebilmektedir. Aynı şekilde, A, B’yi, paralarını B’nin rızası dışında almak amacıyla öldürürse bu bir (adi) kasten öldürmedir; ancak eşcinsel olduğu için öldürürse bu kasten öldürme bir nefret suçudur⁷⁵⁴.

Şu halde, nefret suçunun oluşması için zorunlu olan bir suçun varlığı şartı, nefret söylemi için zorunlu bir şart değildir. Ancak, bir suçun işlenmesinden önce, işlenmesi

⁷⁴⁸ WALDRON, s. 1600.

⁷⁴⁹ MCGONAGLE, s. 4.

⁷⁵⁰ KARAN, Ulaş, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Derleyen: Yasemin İnceoğlu, s. 86

⁷⁵¹ İNCEOĞLU AYTEKİN, s. 104,

Bu konuda ayrıntılı bilgi için mukayeseli hukuk bölümüne bakınız. Ayrıca bkz. THOMAS, Rebecca, Legislative Provisions for Hate Crime across EU, Hate Crime Legislation Review, June 2004, s.15, 18, 23, 28, 36., COMPARATIVE HATE SPEECH LAW: ANNEXURE, March 2012, [http://www.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_\(2\).pdf](http://www.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_(2).pdf), (Erişim Tarihi: 23.06.2015), TOURKOCHORİTİ, s. 560, 561.

⁷⁵² Nefret söyleminin hukuken düzenlenmesi ihtiyacının temel sebebini, diğer haklarla bir çatışmanın ve ortaya çıkma ihtimali çok yüksek olan zararların engellenmesi amacı oluşturmaktadır. Zira nefret söylemi, insan onuru, ayrımcılık yasağı, eşitlik, düşünceyi ifade, din ve örgütlenme özgürlüğü gibi diğer haklarla çatışabileceği gibi nefret söylemine maruz kalan kişilerin psikolojik zarara uğramasına, kendilerine duydukları öz saygının yitirilmesine, kendilerini gerçekleştirememelerine ve korku duymalarına da sebebiyet verebilir. MCGONAGLE, s. 6

⁷⁵³ KARAN, s. 86

⁷⁵⁴ USLU, s. 188

sırasında ya da işlenmesinden sonra nefret içerikli ifadeler kullanılması, o suçun nefret suçu olarak nitelendirilmesini sağlayabilecektir⁷⁵⁵.

Özetle, bir suçun nefret suçu olarak nitelendirilebilmesi için iki unsurun aranması gerekmektedir. İlk olarak, failin gerçekleştirdiği fiilin, ceza kanunlarında yaptırıma bağlanan, kasten öldürme, kasten yaralama, cebir, tehdit, hakaret vs. gibi bir suç tipi olması gerekir⁷⁵⁶. İkinci olarak ise, işlenen suçun, mağdurun ya da mağdurun mensubu olduğu düşünülen grubun bazı karakteristik özellikleri nedeniyle yani bir önyargı saikiyle işlenmiş olması gerekmektedir⁷⁵⁷. Bu anlamda, nefret suçlarının, faili suç işlemeye yönelten ve salt mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret bulunan “saik” bakımından, diğer tüm suçlardan ayrılan bir niteliğe sahiptir⁷⁵⁸. Nefret suçları olarak adlandırılan suçları diğer suçlardan ayıran en önemli farklılık da budur. İşlenen her suçun, bu tip bir önyargı/saikle gerçekleştirilmesi halinde, nefret suçu olarak nitelendirilebilir; ancak, belli bir gruba dâhil kimselere karşı işlenen her suçun, sırf suçun bu kişilere karşı işlenmesi nedeniyle nefret suçu olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Zira bu halde failin sahip olduğu önyargı/saikle fiili işlediğinin çeşitli delillerle ortaya konulması gerekmektedir⁷⁵⁹.

Ancak belirtmek gerekir ki, önyargı/nefret suçlarının, saik bakımından “ayrımcılık bakımından” ve “ırk bakımından” ön yargı suçları şeklinde bir ayırıma tabi tutulması gerektiğini savunan yazarlar da vardır. Bu ayırıma göre, ayrımcılık bakımından önyargı suçları kapsamında, suç mağdurunun seçilmesi sırasında ayrımcı bir yaklaşımda bulunulması yeterli olup, bunun dışında bir önyargı/nefret saiki aranmaz. Irk bakımından nefret suçları kapsamında ise, suçun işlemesi sırasında, failin, mağdurun ait olduğu gruba duyduğu önyargı ile hareket etmesi ve bu saikle suçu işlemesi gerekir. Örnek üzerinden açıklayacak olursak, suç teşkil eden fiili, daha kolay işleyebileceğini düşündüğü için bir erkeğin cebinden cüzdanını almak yerine bir kadının cüzdanını almayı tercih eden fail, suç mağdurunu “cinsiyet” ayrımcılığı yaparak seçmiştir; fakat bu suçu kadınlara duyduğu nefret/önyargı ile işlememiştir. Benzer şekilde, bir yağma suçunun faili, beyazların

⁷⁵⁵ KARAN, s. 86

⁷⁵⁶ AKINCI SOKULLU, s. 103, LAWRENCE, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, s. 697.

⁷⁵⁷ LAWRENCE, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, s. 363, İNCEOĞLU AYTEKİN, s. 104

⁷⁵⁸ SINAR, Hasan, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFHAD, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul 2013, s. 1272.

⁷⁵⁹ LAWRENCE, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, s. 323, 363, 364., KARAN, s. 86.

üzerlerinde diğerlerinden daha çok para taşıdığı düşüncesiyle mağduru, beyaz bir insan olarak seçmişse, suçun işlenmesi sırasında “ırka” dayanan ayrımcı bir yaklaşım söz konusu olsa da, önyargı saikiyle işlenen bir suç söz konusu değildir⁷⁶⁰.

Belirtmek gerekir ki, nefret suçları bakımından, failin mağdurla arasındaki kişisel ilişkisinde nefret duygusunun bulunması aranmaz. Önemli olan husus, mağdurun belli bir takım özellikleri sebebiyle belli bir gruba aidiyet duyması ya da dışardan bakıldığında bu grubun bir mensubu olduğu düşüncesidir. Şu halde, nefret suçları bakımından mağdurun kimliğinin bir önemi bulunmayıp, mağdur, failin kişisel olarak tanıdığı ya da tanımadığı, kişisel bir husumet beslemediği herhangi bir kişi olabilmektedir⁷⁶¹.

Nefret suçunun tanınması talepleri genellikle iki şekilde kendini göstermektedir. İlki ve en yaygını, mevcut yasalarda düzenlenmiş suçlara nefret veya önyargı saikinin ağırlaştırıcı bir unsur olarak dâhil edilmesidir⁷⁶². İkinci ve daha az rastlanan yol ise bir suçun nefret saii ile işlenmesi halini, bir ağırlaştırıcı sebep olarak değil ancak ayrı, bağımsız bir suç şeklinde düzenlemektedir⁷⁶³. Nefret suçlarının cezalandırılması taleplerinin her iki şeklinde de bu

⁷⁶⁰ LAWRENCE, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, 324.

⁷⁶¹ İNCEOĞLU AYTEKİN, s. 105.

⁷⁶² Nitekim Alman Ceza Kanunu’nun 46. maddesinin 2. fıkrasında 1 Ağustos 2015 tarihinde yapılan değişikliğe göre, cezanın belirlenmesi sırasında hâkim, failin özellikle ırkçı, yabancı düşmanı ve diğer insanlık dışı amaçlarını göz önünde bulunduracaktır. Fransız Ceza Kanunu bakımından, nefret saiki/ genel bir cezayı artıran sebep olmadığını belirtmek gerekmektedir. Bunun yerine Fransız Kanun Koyucu, belli suçların etnik köken, milliyet, ırk veya din temelli olarak işlenmesini (m. 132-76) cezayı artıran bir sebep olarak öngörmüştür. Buna göre, Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan kasten insan öldürme (m. 221-4), işkence veya barbarlık fiilleri (m. 222-3), kast edilmeyen ölüme neden olan şiddet fiilleri (m. 222-8), sakatlık ya da sürekli engelliliğe neden olan şiddet fiilleri (m. 222-10), mağdurun çalışma yetisini azaltmaya neden olan şiddet fiilleri (m. 222-13), cesedin fiziksel bütünlüğünün ihlali (m.225-18), hırsızlık (m. 311-4), mala zarar verme (m. 322-2 ve 8), yağma (m. 312-2), tehdit (222-18-1) suçlarının etnik köken, ırk, milliyet ya da din temelli olarak işlenmesi ve Spor Kanunu’nda yer alan ırkçı ideolojiyi temsil eden giysiler, sembol ya da işaretler kullanılması ya da sahada bu nitelikte davranışlar sergilenmesi veya yayınlar yapılması cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir haldir. Hollanda Ceza Kanunu bakımından ise, Hollanda’daki düzenlemelerin Fransa ile benzerlik gösterdiğini ifade etmek mümkündür. Zira Hollanda Kanun Koyucusu da nefret saikini genel bir cezayı artıran sebep olarak düzenlememiştir. Fakat şahsa veya mala karşı aleni şiddet (m. 141/1), yaralamaya neden olan aleni şiddet (m. 141/2.1), ağır yaralanmaya neden olan aleni şiddet (m. 141/2.2), ölüme neden olan aleni şiddet (m. 141/2.3), kasten yangın çıkarma (m. 157/1,2,3), hakaret (m. 266), tehdit (m. 285/1), kasten öldürme (m. 287), cinsel saldırı (m. 300-303) ve mala zarar verme (m. 350/1) suçlarının ırk, din ya da inanç, cinsel yönelim, fiziksel, psikolojik veya zihinsel engellilik temelli olarak işlenmesi, cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecektir. İsveç’te ise, 2010 yılında Ceza Kanunu’nun 29. bölümünün 2(7) maddesinde yapılan değişiklik, milli ya da etnik köken, ırk, ten rengi, dini inanç, cinsel yönelim ya da benzer nedenlerle bir suçun işlenmesi nefret suçu olarak tanımlanmış ve bu hususun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olduğu kabul edilmiştir. Macaristan Ceza Kanunu’nun cezalandırmaya ilişkin kuralları içeren 80. maddesi ise, bu konuda özel bir düzenlemeye yer vermemekle birlikte, söz konusu madde cezanın belirlenmesi aşamasında, davanın koşullarının hâkim tarafından değerlendirilmesine fırsat vermektedir. Diğer yandan, kasten öldürme veya kasten yaralama gibi bazı suçların nefret saiki/motiviyle işlenmesi halinde, cezanın artırılacağını ifade etmek mümkündür. Yunanistan Ceza Kanunu’nun 81A maddesine göre ise, eğer bir suç, ırk, ten rengi, din, soy, milli ya da etnik köken, cinsel yönelim yahut engellilik temelli bir nefret saiki/motiviyle işleniyorsa, faille verilecek ceza artırılacaktır. EUROPEAN PARLEMENT STUDY, s. 180, 184, 189, 212, 238, 239, 253, 262, 303, 304, 341, EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Sweden, Council of Europe, 2012, s. 16, EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Hungary, Council of Europe, 2015, s. 13.

⁷⁶³ USLU, s. 188, HAN, Eun Hee, s. 680, LAWRENCE, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, s. 682, 695, 696.

tür suçların, diğer suçlara nazaran daha ağır bir cezayla cezalandırılması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Zira bu suçun faili, adi bir suç işleyen faile göre daha fazla bir zarara sebep olmakla birlikte, nefret/önyargı saiki ile işlenen suçlarda bir saldırının gerçekleşmesi olasılığı daha yüksektir ve ortaya çıkan saldırı çok daha ağırdır. Diğer yandan, nefret/önyargı saikiyle işlenen suçların, toplumda ve hukuk siteminde yerleşmiş olan eşitlik ilkesini ihlal ettikleri, ahlaki kınanabilirlik bakımından ise adi suçlara nazaran daha ağır nitelikte oldukları ifade edilmektedir⁷⁶⁴.

B. Nefret Suçlarının Tarihsel Gelişimi ve Uluslararası Düzenlemeler

İlk nefret suçu mağdur listesine Nazi döneminde yaşanan soykırım sebebiyle Yahudiler⁷⁶⁵, geleneksel cinsiyetçi ayrımcılık sebebiyle kadınlar ve Amerika'nın kölelik geçmişi sebebiyle siyahlar girmiştir. Zaman içinde çok farklı grupların, mağdur olarak tanınma ve korunma taleplerinin ortaya çıkmasıyla birlikte, başlangıçta ırkçı ifadeleri kast etmek için kullanılan nefret söylemi/suçunun kapsamının obez veya zihinsel engelli olan gruplar gibi başka “*korunmaya muhtaç/zayıf gruplar*” lehine genişlemesi, her geçen gün listelere yeni kimliklerin eklenmesinin yolunu açmıştır. Zira nefret suçu kavramı, mağdur üzerinden tanımlanması gereken bir kavram olarak algılanmaktadır⁷⁶⁶.

Şu halde, nefret suçu ve nefret söylemi kavramları tarihsel olarak ortaya çıkış serüveni ile birlikte değerlendirildiğinde, yapılan tanımların genel olarak ırk ve etnik köken temelinde ortaya çıktığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki,

⁷⁶⁴ LAWRENCE, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, s. 365.,

Amerika Yüksek Mahkemesi, 1993 yılında *Wisconsin v. Mitchell* davasında, nefret/önyargı suçlarının, öç alma duygusunu tahrik etmesi, daha geniş bir bireysel ve toplumsal zarara yol açması ve toplum huzurunu bozması nedeniyle, daha fazla cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim söz konusu davada, beyaz ırkçı şiddeti anlatan bir film (Mississippi Yanıyor) izlemelerinin ardından öfkeye kapılan birkaç siyahinin, yoldan o sırada tesadüfen geçmekte olan beyaz bir genci yaralamaları ve ayakkabılarını çalmaları fiili, eyalet kanununa göre maksimum iki yıla kadar cezalandırılabilirden, suçun işlenmesi, mağdurun ırkına dayalı bir nedenle işlendiği için, yine eyalet kanununa göre cezası artırılmış ve hakkında dört yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiştir. PERRY/ BELL, s.99, FISCH, William B., Hate Speech in the Constitutional Law of the United States, University of Missouri Scholl of Law Scholarship Repository, Faculty Publications, Vol. 50, 2002, s. 467, STONE, Geoffrey R., Hate Speech and the U.S. Constitution, East European Constitutional Review, Vol. 3, Iss. 2, 1994, s. 81.

⁷⁶⁵ Bireye ve topluma zarar verici nitelikte olan bazı ifade biçimleri, 2. Dünya Savaşı'nın ardından suç teşkil eden fiiller olarak nitelendirilmiştir. Her ne kadar o dönemde “*nefret söylemi*” şeklinde bir kullanımı olmasa da tarihteki ilk nefret söylemi yargılaması, Nazi dönemi faillerinden Julius Streicher ve Hans Fritzsche'nin Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nde yapılan yargılamadır. Bunun dışında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde, Kordic ve Seselj'in ayrıca Rwanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki Nahimana yargılamaları da bu kapsamdaki önemli yargılamalar olarak ifade edilmektedir. ÖZARSLAN, Zeynep, Introducing Two New Terms into the Literature of Hate Speech: “Hate Discourse” and “Hate Speech Act” Application of “speech act theory” into hate speech studies in the era of Web 2.0, GÜİD, Sayı: 20, 2014, s. 59.

⁷⁶⁶ USLU, s. 191, SINAR, s. 1273, AYDIN, Öykü, Didem, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.89

nefret söylemi ve nefret suçu kavramlarını salt bu açıdan ele almak, oldukça dar bir çerçeveden bakmak anlamına gelecektir. Zira modern çağda artık nefret içerikli söylemler ya da suçlar, salt ırk ya da etnik köken üzerinden değil, din, inanç, inançsızlık, cinsiyet, cinsel yönelim vs. gibi birçok alanda ortaya çıkmaktadır⁷⁶⁷.

Nefret suçları, Amerikan menşeli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira kavramın bu coğrafyada ortaya çıkması tesadüfi olmayıp, tarihsel açıdan da bakıldığında, Amerika'daki ırk, dil, din, etnik köken vs. bakımından ortaya çıkan farklılık ve çeşitliliğin bazı dezavantajlı topluluk/gruplar yarattığını ifade etmek mümkündür.

Bilinen ilk nefret suçları kanunu 1978 yılında California eyaletinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre, California Section 190/2'de yapılan değişiklik ile insan öldürme suçunun “*ırk, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken*” şeklindeki dört ayrı nefret saiki ile işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal, diğer bir ifadeyle bir “*ağırlaştırıcı sebep*” olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyi, 1981 yılında Washington ve Oregon eyaletlerindeki kanunlar izlemiştir. 1982 yılında Alaska'da yürürlüğe giren nefret suçları yasası öncekilere ek olarak “*toplumsal cinsiyet*” saiki ile işlenen suçları da nefret suçları kapsamına dâhil etmiştir⁷⁶⁸.

Federal düzeyde Kongre tarafından kabul edilen ilk nefret suçları kanunu, 1871 tarihli kanundur. Ku Klux Klan Kanunu olarak da bilinen 1871 tarihli Kanun, yasaların eşit korumasından yararlanan ya da yasalar çerçevesinde eşit ayrıcalık ve dokunulmazlıkları olan veya bir gruba/topluluğa dâhil olan kişinin, komplolar/suikastlarla bu haklardan mahrum edilmesini yasaklamıştır. 1985 yılında yapılan düzenleme, yasaların ya da vatandaş olmanın eşit korumasından yararlanan ya da yasalar çerçevesinde eşit ayrıcalık ve dokunulmazlıkları olan ya da bir gruba/topluluğa dâhil olan kişiye veya mülküne zarar verilmesini yasaklamakta ve oluşan zararın tazmini için hukuki bir zemin sağlamaktadır. 1986 yılındaki düzenleme ise, kişileri bu tür fiillere maruz bırakanlara, oluşan tüm zararın karşılanması hususunda sorumluluk yüklemektedir⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ KARAN, s. 85,

Nitekim özellikle nefret söylemi kavramı, tarihsel süreç içerisinde değişik şekillerde adlandırılmıştır. 1920'lerin sonu ve 1930'ların başında “*ırksal nefret*” olarak ifade edilen kavram, 1940'larda “*belli bir topluluğun tahkiri*” olarak adlandırılmıştır. 1980'lerde ise “*nefret söylemi*”, “*ırkçı söylem*” en çok kullanılan ortak kavramlar olmuştur. ONBAŞI GENÇOĞLU, Funda, Social Media and the Kurdish Issue in Turkey: Hate Speech, Free Speech and Human Security, Routledge Taylor&Francis Group, Turkish Studies, Vol. 16, No. 1, 2015, s. 117.

⁷⁶⁸ SINAR, s. 1273, 1274

⁷⁶⁹ HAN, Eun Hee, s. 681

İlk modern federal nefret suçları yasası 1968’e kadar ortaya çıkmamıştır. Kongre, “*Sivil Haklar Kanunu*”nu (Civil Rights Act), sivil haklar çalışanlarına ve Birleşik Devletler tarafından desteklenen bazı faaliyetleri sürdüren kişilere karşı ırka dayalı şiddeti işaret etmek üzere ihdas etmiştir. Ancak, söz konusu kanun, kişilere karşı cinsiyet, cinsel yönelim veya engellilikleri nedeniyle suç işlenmesini kapsamına almamıştır. Kanun’un 245. maddesi, ırk, renk, din veya milliyet farklılığına dayalı tehdidi ya da bu nedenle oy kullanma, federal hükümet ya da eyaletler tarafından düzenlenen bir faaliyet ya da programa alınma ya da bir okula kaydedilme konusunda ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Kanun’a göre, eğer kişinin vücut dokunulmazlığı bakımından bir zarara sebebiyet verilmemişse, para cezası ve/veya da bir seneye kadar hapis cezasına, ancak suç silah veya patlayıcı kullanmak ya da yangın çıkarmak suretiyle işlenmiş ya da bu yollarla işlenmeye teşebbüs edilmiş veyahut fiilin bu şekilde işlenmesi tehdit oluşturmuş ise, on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Söz konusu fiiller, ölüme neden olmuş veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suretiyle işlenmiş ya da cinsel saldırı gerçekleştirmek suretiyle işlenmiş ya da bu şekilde işlenmeye teşebbüs edilmişse, fail müebbet hapis ya da ölüm cezasına mahkûm edilebilir⁷⁷⁰.

Federal düzeyde ortaya çıkan, federal düzeyde korunan haklara yönelik saldırıları koruma kapsamına alan ve bu anlamda eyaletler ölçeğinde uygulanması söz konusu olmayan diğer bir yasal düzenleme de 1994 tarihli “*Nefret Suçlarında Cezaların Ağırlaştırılması Kanunu*” (Hate Crimes Sentencing Enhancement Act) dur. Bunun yanı sıra, 2009 yılında onaylanıp yürürlüğe giren “*Nefret Suçlarını Önlemede Yerel Kanunların Güçlendirilmesi Kanunu*” (Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act ya da Matthew Shepard Act) federal ve eyalet düzeyindeki yasalar arasında uyumu sağlamak amacıyla düzenlenmiştir⁷⁷¹.

ABD’de nefret suçlarını federal düzeyde ele alan ve cinsel yönelim, ırk, din veya etnik köken nedeniyle işlenen suçlar hakkında veri toplanmasına ilişkin ilk yasal düzenleme de 1990 tarihli “*Nefret Suçları İstatistikleri Kanunu*” (Hate Crimes Statistics Act) dur. Bu kanun daha sonra, 1994 tarihli “*Şiddet Suçları Kontrolü ve Polis Yetkileri Kanunu*” ile bir kimsenin sahip olduğu engellilik hali nedeniyle suça maruz kalmasını da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir. Bu Kanun aynı zamanda nefret suçlarını da tanımlamıştır. Buna

⁷⁷⁰ HAN, Eun Hee, s. 681.

⁷⁷¹ SINAR, s. 1274, 1275, BLEICH, The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies, s. 925.

göre nefret suçları, failin, mağdurun şahsına ya da mülkiyetine karşı işlediği suçu, mağdurun ırk, renk, din, milliyet, etnik köken, cinsiyet, engellilik ve cinsel yönelimi nedeniyle işlemesi hallerini kapsayan suçlardır⁷⁷².

Avrupa Birliği düzenlemeleri bakımından ise, nefret suçlarıyla mücadelede yasal mevzuat desteği olarak tanımlanabilecek bir girişim, Avrupa Konseyi tarafından 2008 yılında yayınlanan “*İrkçılığa ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Çerçeve Karar*” (The Framework Decision on Racism and Xenophobia) dır. Çerçeve kararda öncelikli olarak, bu konularda Birlik içinde yeknesak bir ceza hukuku bakış açısı yaratabilmek ve bu fiillerin tüm üye ülkelerde aynı şekilde cezalandırılmasını sağlayabilmek amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, iç hukukta düzenleme yapma yükümlülüğü getiren bu çerçeve karar ile her üye ülkenin ceza mevzuatında ırkçı ve yabancı düşmanı saiklerle işlenen suçları, cezayı ağırlaştıran bir nitelik hal olarak düzenlemesi zorunlu kılınmıştır⁷⁷³.

Diğer yandan, “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi*”ne getirilen Ek Protokol düzenlemesine de dikkat çekmek gerekmektedir. “*Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Gerçekleştirilen İrkçi ve Yabancı Düşmanı Fiillerin Cezalandırılmasına İlişkin Ek Protokol*”ün özellikle “*ulusal düzeyde alınması gereken önlemler*” başlıklı 2. bölümünde, taraf devletlere ırkçı ve yabancı düşmanı içeriğin bilişim sistemleri ile yayılmasını veya başkaca bir biçimde hazır bulundurulmasını (m. 3) suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Ek Protokolde ayrıca ırkçı ve yabancı düşmanı saiklerle işlenen tehdit (m.4), hakaret (m. 5) ve soykırım ve insanlığa karşı suçları inkâr, onaylama veya mazur gösterme fiillerinin bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesinin suç olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca Konsey bünyesinde “*İrkçilik ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu*” (European Commission Against Racism and Intolerance –ECRI-) oluşturulmuştur. ECRI, 1999 yılından bu yana ırkçılık ve ayrımcılığa karşı ortak politika standartlarını belirleyen çok sayıda “*Genel Politika Tavsiyeleri*”ne imza atmıştır. Bunlar içerisinde, 2007 yılında yayınlanan 7 numaralı Genel Politika Tavsiyesi, Konsey üyesi 47 ülkenin tümünde, ırkçılık ve ırk ayrımcılığına karşı mücadele amacıyla, bir suçun ırkçı saiklerle işlenmesi halinin cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak ulusal ceza mevzuatlarına işlenmesini esas almıştır⁷⁷⁴.

⁷⁷² HAN, Eun Hee, s. 684.

⁷⁷³ TOURKOCORİTİ, s. 568, SINAR, s. 1283, Council Framework Decision 2008/913/JHA, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:en:PDF>, (Erişim Tarihi: 29.04.2016)

⁷⁷⁴ MCGONAGLE, s. 21., SINAR, s. 1283, 1284.

Türkiye tarafından 03.04.2002 tarihinde kabul edilen “*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme*” de ırk ve etnik kökene dayalı “*nefret söylemi*”ne karşı taraf devletlere çeşitli yükümlülükler yüklemiştir⁷⁷⁵.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 20. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, “*Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır.*”

Diğer bir düzenleme, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’dir. Bu sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, “*Program hizmetleri, özellikle... şiddet eğilimini körüklemeyecek veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmayacaktır.*”

Görüldüğü üzere, uluslararası düzenlemelerde, nefrete dayalı ayrımcılık ve bu anlamda nefret suçları ve söylemlerinin yasaklanması konusunda bir fikir birliği bulunsa da daha önce de belirttiğimiz üzere, nefret suçu ya da nefret söylemi kavramlarının, tanımları konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Genel olarak buraya kadar üzerinde durduğumuz hususlar kapsamında, söz konusu kavramlar bakımından ortak noktanın, ırk, etnik köken, din, cinsiyet yahut cinsel yönelim gibi kişi ya da toplulukların sahip olduğu bir takım karakteristik özellikleri nedeniyle bir suça maruz kalmalarının ya da bu kişi ya da toplulukların aşağılanması, tehdit edilmesi veyahut bunlara karşı düşmanlık beslenmesini sağlayan, şiddeti tahrik eden düşünce ifadelerinin yasal korumadan yararlanmayacağı hususudur. Ancak, özellikle nefret söyleminin ne zaman ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının tespiti her zaman kolay olmamakta ve somut olayın özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. Bu hususta özellikle Avrupa ve ABD uygulaması arasında çeşitli farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

⁷⁷⁵ Sözleşme’nin 4. maddesine göre, “*Taraf Devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan ya da her ne şekilde olursa olsun ırkçı nefreti ve ayrımcılığı haklı çıkarmaya ya da yüceltmeye çalışan tüm propaganda ve tüm örgütleri kanarlar ve bu tür ayrımcılık faaliyetleri ile ayrımcılığı teşviki ortadan kaldırmaya yönelik acil ve olumlu önlemler almayı üstlenirler ve bu amaçla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan ilkelere ve bu Sözleşme’nin 5 inci maddesinde açıkça sıralanan haklara saygı göstermek kaydıyla, diğer önlemler arasında,*

a) *İrkçi üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan edeceklerdir.*

b) *İrk ayrımcılığını destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklar ve bu tür örgütlere ya da faaliyetlere katılımı yasayla cezalandırılacak bir suç olarak ilan edeceklerdir.*

c) *Yerel veya ulusal kamu kurum ve yetkililerinin ırk ayrımcılığını desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir.*”

C. İHAM ve Amerikan Mahkeme Kararlarında Nefret Söylemi

Özellikle ırk temelli nefret söylemleri bakımından iki hukuk sistemi uygulaması arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. ABD’de, soykırımın reddi, haç yakma eylemi de dâhil olmak üzere, ırkçı açıklamalar yakın bir zamanda gerçekleşebilecek şiddet olaylarına sebebiyet vermedikçe ya da kamu barışı veya hedef topluluk bakımından doğrudan bir tehdit oluşturmadıkça, cezalandırılması neredeyse imkânsız ifadelerdir. Birçok Avrupa hukukunda ise, ırksal nefreti tahrik etmek ki bu soykırımı sorgulayan bir kitap dahi olsa, cezalandırılması gereken bir tehlike olarak değerlendirilmektedir⁷⁷⁶.

Söz konusu bu yaklaşım farklılığı, özellikle İHAM ve Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının yorum ve ifade özgürlüğünü düzenleyen metinlerin, ifade özgürlüğünü kısıtlama konusundaki yaklaşım farkından kaynaklanmaktadır⁷⁷⁷. Zira İHAS’nin 10. maddesinin 2. fıkrası, ifade özgürlüğünün sınırlama şart ve nedenlerini düzenlerken, Amerika Anayasası’nın 1. Ek maddesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına sebebiyet verecek bir yasa çıkarılamayacağını ifade etmektedir⁷⁷⁸.

İHAM, *Gündüz v. Türkiye* davasında dini niteliktekiler de dâhil olmak üzere, demokratik bir toplumda hoşgörüsüzlüğe tahrik eden, hoşgörüsüzlüğü yayan, savunan ya da maruz gösteren her türlü nefret ifadesinin, *Jersild v. Danimarka* kararında, belli bir kişi ya da gruba karşı, hakaret niteliğindeki nefret söylemlerinin Sözleşme’nin 10. maddesinin koruma kapsamı dışında olduğunu, *Féret v. Belçika* kararında ise, nefrete dayalı hoşgörüsüzlüğü savunan, tahrik eden, destekleyen ya da gerekçelendiren her türlü önlem

⁷⁷⁶ **BLEICH, Erik**, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 40, No. 2, 2014, s. 284, **LOEWY, Arnold H.**, A Dialogue on Hate Speech, <http://law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/361/loewy.pdf>. (Erişim Tarihi: 04.11.2013), s. 67.

İki hukuk sistemi arasındaki farklılığı, örnek davalar üzerinden açıklamak daha doğru olacaktır.

1994 yılının nisan ayında Alman Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht), revizyonist tarihçi David Irving’in Münich’te yapılan ve üçüncü imparatorluk (Nazi Almanyası) dönemindeki Yahudi soykırımını sorguladığı bir toplantının yasaklamasını, Almanya Anayasası’nın ifade özgürlüğünü koruyan 5. maddesine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Buna karşılık, *Collin v. Smith* davasında Amerika Yedinci Temyiz Mahkemesi, neo-Nazi taraftarları tarafından, soykırım mağdurlarının yoğun olarak yaşadıkları yer olduğu için tercih edilen Skokie, Illinois kasabasında yapılması planlanan yürüyüşün, Birinci Anayasa kapsamında sınırlandırılmanın mümkün olmadığına hükmetmiştir. **DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh**, The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of The American and European Approaches, *William&Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 7, Iss. 2, February 1999, s. 307, 308., **POLELLE, Michael J.**, Racial and Ethnic Group Defamation: A Speech-Friendly Proposal, *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 23, Iss. 2, 2003, s. 247, Almanya ve Fransa’da “*Kavgam*” kitabının yayımı yasaklanabiliyorken, ABD ve Avusturalya’da ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. **ONBAŞI GENÇOĞLU, Funda**, Social Media and the Kurdish Issue in Turkey: Hate Speech, Free Speech and Human Security, *Routledge Taylor&Francis Group, Turkish Studies*, Vol. 16, No. 1, 2015, s. 117, 118.

⁷⁷⁷ **BLEICH, Erik**, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, s. 285.

⁷⁷⁸ **BLEICH, Erik**, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, s. 285, 287.

ve yasaklamanın önemini ifade etmiştir⁷⁷⁹. Ancak söz konusu davlarda İHAM, nefret söylemi kavramının kullanım amacı ya da içeriğini nelerin oluşturduğu gibi hususlara değinmemekte, açık ve öngörülebilir bir tanım oluşturmamaktadır. Bu anlamda Mahkeme, gelecekteki davalar açısından kendisini kısıtlayacak şekilde bir tanım yapmamakta, her davayı kendi koşulları içerisinde değerlendirme eğilimi sergilemektedir⁷⁸⁰.

Ayrıca Mahkeme, şiddete teşvik, nefret söylemi, kin ve düşmanlığa tahrik, soykırımın ve insanlığa karşı suçların inkârı gibi konularda, Sözleşme'nin 10. ve 17. maddelerini göz önünde bulundurmak suretiyle değerlendirmelerde bulunmaktadır. Buna göre İHAM, bu içeriğe sahip söylemleri, hem hakkın kötüye kullanılması hem de ifade özgürlüğü sınırlarının aşılmış olması gerekçesiyle, Sözleşme'nin koruma alanında görmemektedir⁷⁸¹.

İHAM'nin bir ifadeyi nefret söylemi kapsamında değerlendirirken üzerinde durduğu diğer bir husus, söylem sahibinin amacıdır. Zira Mahkeme, söz konusu ırkçı, nefret içerikli, düşmanca ve hoşgörüsüz nitelendirilebilecek fikirlerin, kasıtlı olarak mı yayılmaya çalışıldığı, yoksa kamu yararına bir konu hakkında halkın bilgilendirilmeye mi çalıştığına dikkat etmektedir.

Nitekim, kendilerini Yeşil Ceketliler (Greenjackets) diye adlandıran ırkçı bir grupla yapılan röportajların, belgesel haline getirildiği *Jersild v. Danimarka* davasında Mahkeme, “Greenjackets” grubunun üyeleri ile bu grubu oluşturan gençleri ortaya çıkarmak, analiz etmek ve açıklamak ve ayrıca “toplumda halihazırda büyük kaygılar uyandırmış bir konunun spesifik boyutlarına” değinmek amacıyla olan Bay Jersild arasında bir ayırım yapmış, başvurucunun, ırkçı görüş ve fikirleri yaymayı değil, bir toplumsal sorun hakkında kamuoyunu bilgilendirmeyi amaçladığına değinerek 10. madde kapsamında, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁷⁸².

Başvuranın, “Türkiye Çingeneleri” adlı kitapta, bazı Çingeneleri özellikle “hırsız, yankesici, uyuşturucu kaçakçısı” olarak nitelendirmek suretiyle aşağılayıcı ve

⁷⁷⁹ SOTTIAUX, Stefan, RUMMENS, Stefan, Concentric Democracy: Resolving the Incoherence in the European Court of Human Rights’ Case Law on Freedom of Expression and Freedom of Association, Oxford Law Journals, International Journal of Constitutional Law, Volme: 10, Iss.1, 2012, s. 111, KARAN, s. 84,

Mahkeme, “nefret söylemi” kavramını ilk kez *Sürek v. Türkiye* davasında kullanmıştır. MCGONAGLE, s. 12.

⁷⁸⁰ MCGONAGLE, s. 11, SOTTIAUX/ RUMMENS, s. 112.

⁷⁸¹ KARAN, s. 86, BLEICH, Erik, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, s. 292, Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda, Başvuru No. 8348/78 ve 8406/78, 11.10.1979, MCGONAGLE, s. 14.

⁷⁸² MCGONAGLE, s. 13., TOURKOCHORİTİ, s. 573, BUYSE, Word of Violence: “Fear Speech”, or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, s. 794, O’NEIL, Robert M., Hate Speech, Fighting Words, And Beyond-Why American Law is Unique, Albany Law Review, Vol. 76, Iss. 1, 2012/2013, s. 495.

küçük düşürücü ifadeler kullanıldığını iddia ettiği ve eserin satışının durdurulmasını ve kitabın bütün kopyalarına el konulmasını talep ettiği *Aksu v. Türkiye* davasıdır. Bu davada İHAM, yazarın, kitabında Roman topluluğunun bazı mensuplarının kanuna aykırı faaliyetlerini ifade etmesine rağmen, hiçbir zaman genel anlamda Roman halkı hakkında olumsuz görüş belirtmemiş olduğunu, kitabın önsöz, giriş ve sonuç bölümlerinde Türkiye’deki Roman topluluğunun, önyargılara dayalı olarak değerlerinin düşürülmesiyle ve toplumdan dışlanmalarıyla ilgili olan bilinmeyen dünyasını daha iyi bir şekilde anlamaya çalışma niyetinde bulunduğunu, üstelik yazarın, araştırma yöntemine göre Romanlar arasında yaşayarak ve yerel makamlar ve polislerden onlar hakkında bilgi toplayarak bir çalışma yaptığını dile getirmiştir⁷⁸³.

Mahkemenin, cinsel yönelim bakımından da nefret söylemini değerlendirdiği kararlar vardır⁷⁸⁴. Eşcinselliğin “*sapkın bir cinsel eğilim*” olduğu ve “*toplumun özü üzerinde ahlaken yıkıcı bir etkiye sahip olduğu*” ve “*HIV ve AIDS’in yayılmasından sorumlu olduğu*” şeklinde ibareleri içeren el ilanlarının dağıtılmasına ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç* davasında İHAM, başvuranların ifadelerinin, nefret dolu eylemlere doğrudan bir çağrı olmasa, şiddete ve suça tahrik etmese dahi ciddi ve önyargılı suçlamalar içerdiğini tespit etmiş, cinsel yönelim temelinde yapılan ayrımcılığın, ırk, köken ya da renk temelinde yapılan ayrımcılık kadar ciddi olduğunu vurgulayarak Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediği kanaatine ulaşmıştır⁷⁸⁵.

⁷⁸³ **Aksu v. Türkiye, Başvuru No. 4149/04 ve 41029/04, 15.03.2012.**

⁷⁸⁴ **MCGONAGLE**, s. 12, **TOURKOKHORİTİ**, s. 573.

⁷⁸⁵ **TOURKOKHORİTİ**, s. 573,

İHAM’nin konuya yaklaşımı, yukarıda belirtildiği gibi olmakla birlikte, bazı Avrupa ülkelerinde farklı kararlara imza atıldığını söylemek mümkündür. Örneğin Lüteryan papaz Ake Green 2003 yılında Borgholm’de bulunan kilisesinde verdiği bir vaaz esnasında, “*anormal cinsel tercihlerin, toplumun tümünü sarmış olan kanserli tümör olduklarını*”, “*bu insanların (eşcinsellerin) sapkın cinsel yönelimlerinin olduğunu ve kolayca çocuklara ve hayvanlara cinsel saldırıda bulunabileceklerini*” ifade etmiştir. Papaz, aynı zamanda İncil’den alıntılar yapmış ve vaazına şöyle devam etmiştir: “*Bu insanların ihtiyacı, onlara merhamet göstermektir. Onları ayıplayamayız. Hz. İsa, asla hiç kimseyi küçümsememiştir; O, bu kimselere merhamet göstermemizi istemiştir.*” Bu vaaz üzerine Green hakkında dava açılmış ve İsviçre nefret söylemi yasasını ihlal ettiği için 30 gün hapsine karar verilmiştir. Mahkeme, “*Eşcinsellerin bu türdeki ifadelerden korunması hakkının, din adına eşcinsel fikirlerin ifade edilmesi hakkından daha ağır geldiğini*” ifade etmiştir. Green İsviçre Yüksek Mahkemesi’ne başvurmuş ve Yüksek Mahkeme 2005 yılında verdiği kararda, “*vaazın dini içeriğinin, papazın, eşcinsellere saldırmak ya da onları aşağılamak kastının olmadığını göstermek bakımından önemli olduğu ve bu ifadelerin, papazın kendi dini görüşlerini açıklamak ve başkalarının hayatları üzerinde etki doğurmak amacı taşıdığı*” gerekçesiyle, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Benzer bir dava, 2001 yılındaki, Fas asıllı Hollandalı Khalil el-Moumni isimli imamın, Nova adlı bir televizyon programında, Hollanda’nın “*eşcinsellik hastalığı*” üzerine görüşlerini ifade ettiği davadır. İmam konuşmasında, “*batı çağdaşlığının ahlaktan yoksun olduğunu, Hollanda’da eşcinsel evliliklere izin verildiğini ve Avrupalıların, köpekler ve domuzlardan daha aşağılık olduklarını*” ifade etmiştir. İmam hakkında açılan dava sonucunda, Rotterdam Mahkemesi, imamın eşcinsellere karşı ifadelerini saldırgan nitelikte bulmakla birlikte, söz konusu ifadelerin, dini ifade özgürlüğü kapsamında Hollanda Anayasası’nda korunduğuna dikkat çekmek suretiyle imam hakkında beraat kararına hükmetmiştir. Diğer yandan, benzer nitelikte bir olay İngiltere’de de yaşanmıştır. 2001 yılında İngiltere’de 69 yaşındaki Henry Hammond isimli Protestan sokak vaizi, “*Ahlaksızlığı Durdurun*”, “*Eşcinselliği Durdurun*” ve “*Lezbiyenliği Durdurun*” ifadelerini içeren afişler asmış, bunun üzerine o sırada caddeden geçen eşcinsel hakları aktivisti, telefonuyla mesaj göndermek suretiyle otuz,

Dini nitelikte nefret söylemini değerlendirdiği *Le Pen v. Fransa* kararında ise İHAM, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Söz konusu davada başvuran Ulusal Cephe Partisi başkanı Jean Marie Le Pen, Le Monde Gazetesiyle yaptığı bir röportajda, Fransa’da yaşayan Müslümanlar hakkında “*sayılarının 5 milyon değil de 25 milyon olduğu gün Fransa’yı onlar yönetiyor olacak*” ifadelerini dile getirmiştir. Bu nedenle Fransa Mahkemeleri, bir grup insanın kökeni veya etnik grup, ulus, ırk veya din gibi spepesifik bir gruba üye olma veya olmamaya dayalı olarak ayrımcılık, nefret ve şiddete tahrik ettiği gerekçesiyle Le Pen hakkında 10.000 euro para cezasına hükmetmiştir. İHAM ise, “*Le Pen’in açıklamalarının bir bütün olarak Müslüman topluluğa karşı dışlama ve düşmanlık hislerini güçlendirici*” nitelikte olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁷⁸⁶.

Gündüz v. Türkiye davasında ise İHAM, katıldığı bir canlı yayın televizyon programında yaptığı konuşma nedeniyle, 765 sayılı TCK’nun 312. maddesi kapsamında dini temele dayanan kin ve düşmanlığa tahrik dolayısıyla mahkûmiyetine karar verilen başvuran hakkında, dinsel hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlük üzerine kurulu kini yaymaya, haklı kılmaya veya kine teşvik etmeye yönelik ifadelerin Sözleşmenin 10. maddesindeki korumadan yararlanamayacağını, bununla birlikte şeriatı kurmak için şiddete çağırmaksızın sadece savunmanın kine teşvik edici bir konuşma olmadığına karar vermiştir⁷⁸⁷.

Genel bir değerlendirme yapacak olursak, İHAM, şiddete teşvik, nefret söylemi, kin ve düşmanlığa tahrik, soykırımın inkârı gibi konular söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından Sözleşme’nin 17. ve 10/2. maddeleri kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Bu nedenle İHAM, ırkçı, nefret içerikli, düşmanca ve hoşgörüsüz nitelendirilebilecek fikirlerin, demokratik olmayan yöntemlerin kullanıldığı, şiddeti tahrik eden veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan

kırk kadar protestocunun olay yerine gelmesini sağlamıştır. Olaylar sırasında, Hammond’un yere düşürülmesi, çamur atılması, başından aşağı su dökülmesi ve afişlerin yırtılması şeklinde sözlü ve fiziksel sürtüşmeler yaşanmıştır. Bu sırada olay yerine gelen polis, Hammond’u, afişleri kaldırması ve vaazına son vermesi hususunda uyarmasına rağmen Hammond’un bu uyarıları reddetmesi üzerine, vaizi 1986 sayılı Kamu Düzeni Kanunu gereğince kamu barışını bozmaktan yakalamıştır. Açılan dava sonucunda Hammond suçlu bulunmuş ve 665 sterlin para cezasına mahkûm edilmiştir. Davayı temyiz istemiyle görüşen Yüksek Mahkeme ise, yerel mahkemenin kararını, afişlerin aşağılayıcı ve endişe yaratıcı nitelikte olduklarına ve kamusal düzensizliğin engellenmesinin, sanığın düşüncüyü ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının bakımından meşru bir amaç oluşturduğuna ve kısıtlamanın baskın sosyal ihtiyacı karşıladığına değinerek, onamıştır. **MORGAN**, s. 1, 2.

⁷⁸⁶ **SOTTIAUX**, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, s. 44.

⁷⁸⁷ **Gündüz v. Türkiye Başvuru No. 35071/97, 04.11.2003**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 26.12.2015).

kaldırmayı hedefleyen eylemleri genel olarak 17. madde kapsamında değerlendirmekte ve Sözleşme'nin koruma kapsamına dâhil olmadığını belirtmektedir.

Şu halde, nefret söylemi bakımından Mahkeme'nin her davada “*şiddete tahrik*” şartını aramadığını ifade etmek gerekmektedir. İHAM'nin genel olarak kullandığı kıstas bu olmakla birlikte, belli ağırlıktaki ifadeleri, 17. madde kapsamında değerlendirmektedir. Zira Mahkeme 17. maddeye, ırkçı, yabancı düşmanı, Yahudi aleyhtarı söylemleri, soykırımının reddedilmesi, doğruluğunun tartışılması, inkârı, önemsizleştirilmesi ya da onaylanması gibi ifadelerin, 10. maddenin kapsamına dâhil olmadığını garanti altına almak için başvurmuştur⁷⁸⁸.

Diğer yandan İHAM, İHAS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasını uygulanarak, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın meşru olup olmadığını değerlendirmektedir. İleride daha geniş bir şekilde ele alacağımız üzere, bu maddenin uygulanması esnasında ise, ifade özgürlüğüne müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığına, 2. fıkra da yer alan sınırlama nedenlerinden birine dayalı olarak yapılıp yapılmadığına ve sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakmaktadır⁷⁸⁹. Demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ölçütünü bakımından ise, nefret içerikli ifadeleri kullanan kişinin izlediği amaç, davanın kendi spesifik şartları, ifadeleri kullanan kişinin statüsü, dile getirilen ifadelerin içeriği ifadenin ortaya çıkarabileceği olası etkiler gibi birçok durumu göz önünde tutmaktadır.

Amerika Yüksek Mahkemesi'nin kararları bakımından ise, ilk kez 1919 yılında *Schenck* davasında Yargıç Holmes tarafından kullanılan “*açık ve yakın tehlike*” teorisinin önemli bir yerinin olduğunu ve neredeyse birkaç on yıl, katı bir şekilde uygulandığını söylemek mümkündür⁷⁹⁰.

Ancak, “*açık ve yakın tehlike*” teorisi, bazı kararlarda yerini “*kötülük eğilimi*” teorisine bırakmak suretiyle, düşünce ifadesinin, önlenmeye çalışılan zararı yaratma olasılığına yakınlığı-uzaklığı değerlendirilme kapsamından çıkarılmış ve çatışan menfaatler arasında orantılı bir denge olup olmadığı hususu göz ardı edilmiştir. Önlenmeye çalışılan eylemlere,

⁷⁸⁸ MCGONAGLE, s. 11, TOURKOCHORİTİ, s. 572.

⁷⁸⁹ MCGONAGLE, s. 9

⁷⁹⁰ Schenck kararının önemi, savunulan düşünce açıklamalarının, ifade ettikleri fikrin beğenilmemesi, hoş karşılanmaması sebebiyle yasaklanmaması gerektiği ana fikrinde saklıdır. Sınırlama, ancak suça teşvik ve tahrik halinde, geçerli bir zararın önlenmesi amacıyla yapılabilmeli, sınırlanan özgürlük ile bu yolla korunmaya çalışılan diğer hukuki menfaat arasındaki orantılı dengenin bozulmaması hedeflenmelidir. Bu da, ancak gerçek bir zarar tehlikesinin varlığı halinde mümkün olabilmektedir. ÖZSOY, Şule, Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, Sayı: 56, 2005, s. 35.

ifadenin zayıf da olsa bir katkı sağlama eğilimi göstermesi, sınırlama için yeterli görülmüştür⁷⁹¹. Bu anlamda, Yüksek Mahkeme'nin özellikle 1940 ve 1950 yılları arasında ifade özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayacak nitelikte kararlara imza attığını söylemek mümkündür⁷⁹². Nitekim 1942 yılında, *Chaplinsky v. New Hampshire*⁷⁹³ kararında Mahkeme, kamu barışını bozacak nitelikteki ifadelerin, düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlarını oluşturduğuna değinerek “saldırgan ifadeler” teorisini geliştirmiştir⁷⁹⁴. Fakat 1949 yılında, ateşli bir anti-semitizm savunucusu ve papazlıktan men edilmiş olan Katolik papazın, Chicago’da katıldığı bir toplantıda, kendisini karşılayan kızgın kalabalığa “yılanlar”, “sümüklü pislikler” şeklinde hakaret etmesi ve bunun üzerine daha da kızgınlaşan kalabalığın pencerelerden taş attığı, şiddet eylemlerine neden olduğu ve kamu barışını bozmaktan hüküm giydiği *Terminiello v. Chicago* davasında Mahkeme, sanığın cezalandırmasında kullanılan, kamuda öfke, rahatsızlık ya da kargaşa yaratılması ölçütünün oldukça geniş bir ölçüt olduğuna değinerek, papazın, kamu barışının her an bozulabilmesi tehlikesinden sorumlu olmasından ziyade, provakatif ifadenin, insanlarda rahatsızlık, memnuniyetsizlik ya da öfke yaratsa da hizmet ettiği yüksek amacın göz

⁷⁹¹ ÖZSOY, s. 36.

⁷⁹² BLEICH, Erik, The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies, s. 922.

⁷⁹³ Yehova şahidi olan Chaplinsky caddede broşür dağıtırken diğer dinleri “sahte” olarak nitelemiş, bunun üzerine etrafında öfkeli bir kalabalık toplamış ve şehrin emniyet müdürü olay yerine gelmiştir. Polis müdürünün kalabalığın durumdan rahatsız olduğunu ve olay yerini yavaş yavaş terk etmesi gerektiğini söylemesi üzerine Chaplinsky müdürün yüzüne “sen Allah’ın belası bir gangstersin” ve “kahrolası bir faşistsin ve Rochester’in bütün hükümeti de faşist ya da faşist ajanıdır.” şeklinde sözler söylemiştir. Polis memuru, Chaplinsky’nin söylediği sözler üzerine, şiddete başvurmamış ancak “Hiç kimse, yasalara uygun bir şekilde bir cadde ya da kamuya açık diğer bir alanda bulunan bir kimseye karşı saldırgan, alaycı ya da öfke yaratacak nitelikte ifadeler yöneltemeyeceği gibi bu kimseye bu nitelikte yakıştırmalarda da bulunamaz” şeklinde bir düzenleme getiren New Hampshire yasasını ihlal etmekten yakalamış ve bunun üzerine hakkında dava açılmıştır. LAWRENCE, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, s. 707, 708, GARD, Stephen W., Fighting Words as Free Speech, Washington University Law Review, Vol. 58, Iss. 3, 1980, s. 532.

⁷⁹⁴ BLEICH, The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies, s. 922.,

Saldırgan ifade, Yüksek Mahkeme’nin kararlarında, ifade edildiğinde muhatabını (makul, ortalama bir kişiyi) kavgaya, çatışmaya davet eden sözler olarak tanımlanmaktadır. TSESİS, Alexander, Inflammatory Speech: Offense Versus Incitement, Minnesota Law Review, Vol. 97, 2013, s. 1172, ARSLAN, Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksek-mahkemesi-kararlarında-ifade-ozgurlugu.pdf> , (Erişim Tarihi: 25.08.2014) s. 38, Ayrıca değişik Mahkeme kararlarında saldırgan ifade, zarara neden olan, kamu barışını bozacağı muhakkak olan, aşağılayıcı yakıştırmalarda bulunma şeklinde olan ya da kişiyi şiddet eylemlerine tahrik eden ifadeler olarak tanımlanmıştır. LAWRENCE, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, s. 708, MASSARO, s. 233.

Kavramın Yüksek Mahkeme kararında tartışıldığı ilk dava ise, *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942) davasıdır. Söz konusu davada Eyalet Mahkemesi, sanık Chaplinsky’i, bir kimseye karşı, kamuya açık bir alanda, saldırgan, alaycı ve öfke yaratan nitelikte ifadeler kullanılmasını yasaklayan kanuna aykırı davranmaktan suçlu bulmuştur. Eyalet Mahkemeleri’nin, saldırgan ifadeleri yorumlayış şekli ise, ifadelerin yöneldiği kişiyle (mağdurla) yüz yüze olmayı gerektiren ve kamu barışını bozmaya elverişli ifadelerin saldırgan ifadeler olduğu yönündedir. Öyle ki, söz konusu ifadeler kullanılmasıyla birlikte, ortalama bir kişiyi şiddet eylemlerine tahrik edecek niteliktedir. Yüksek Mahkeme de bu yorum tarzından yola çıkarak, somut olayda sanık tarafından kullanılan ifadelerin Anayasal koruma kapsamında değerlendirilemeyecek kadar sosyal değerden yoksun olduğuna değinmiş, bir kimseye karşı hakaret içeren ve ortalama bir insanı karşılık vermeye ve bu nedenle de kamu barışının bozulmasına sebebiyet verebilecek ifadelerin, düşünceyi ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacağına hükmetmiştir. O’NEIL, s. 470, 471, FISCH, s. 476, STONE, s. 80, GARD, s. 533, 542.

önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır⁷⁹⁵. Bu anlamda Mahkeme’ye göre, düşüncüyü ifade özgürlüğü, mutlak nitelikte bir özgürlük olmamakla beraber, kısıtlanması, kullanılan ifadelerin, kamuyu rahatsız etmesi ya da öfkeliendirmesinin ötesinde, ciddi bir zararın meydana gelmesi olasılığı bakımından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasını gerektirir⁷⁹⁶. Ancak, daha sonra “açık ve yakın tehlike” teorisi, oldukça dar bir uygulamaya sahne olmuş, *Dennis v. ABD* davasında (1951), Komünist Parti üyelerinin Birleşik Devletler hükümetini şiddet ve cebir kullanmak suretiyle yok edilmesi fikrini savunması, böyle bir eylem söz konusu olmamasına rağmen, “açık ve yakın tehlike” teorisine dayanılarak mahkûmiyet hükmünün kurulmasında kullanılmıştır⁷⁹⁷.

Yine, ABD Yüksek Mahkemesi *Beauharnais v. Illinois* kararında (1952), “beyazların melezeleşmekten, semtlerinin ve mülklerinin ise zencilerin tecavüz, taciz, silah, uyuşturucu ve işgalinden korunması gerektiği” şeklindeki ırkçı söz ve yazıları basıp dağıtanları cezalandırmayı öngören bir yasayı 1952 yılında Anayasa’ya uygun bulmuşken sonraki yıllarda “açık ve yakın tehlike” teorisi kapsamında ırkçı söylemleri ve Yahudi soykırımı inkârcılarını da Anayasa’nın Ek. 1. maddesinin korunması kapsamına almıştır⁷⁹⁸. 1969’da, Ku Klux Klan liderinin, Ohio Kanundışı Birlik Kanunu kapsamında mahkûm edildiği *Brandenburg v. Ohio* davasında ise Yüksek Mahkeme, “açık ve yakın tehlike” teorisinin temel fikrine tekrar dönüş yapmış, kuvvet ve şiddet kullanımını ahlaki ve felsefi olarak savunmanın hatta bunun gerekliliğini müdafaa etmenin tek başına ifadeye müdahale

⁷⁹⁵ **BLEICH**, The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies, s. 923, **FISCH**, s. 477, **GARD**, s. 550, 551.

⁷⁹⁶ **GARD**, s. 550, 551.

⁷⁹⁷ **BLEICH**, **Erik**, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, s. 289, **DOW**, **David R.**, **SHIELDS**, **R. Scott**, Rethinking the Clear and Present Danger Test, Indiana Law Journal, Vol. 73, Iss. 4, 1998, s. 1225.

⁷⁹⁸ **BLEICH**, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, s. 289, **POLELLE**, s. 248, **WALDRON**, 1605, 1606, **ROMERO**, s. 17.

Bu davalardan önemli olan bir tanesi de 1977 tarihli NSPA (Amerika Nazi Partisi) davasıdır. Söz konusu davada NSPA, birçoğu soykırımdan kurtulmuş olan Yahudilerin yoğun olarak yaşadığı Chicago’nun Skokie yerleşkesinde yürüyüş yapmak istemiştir. Bunun üzerine soykırımdan kurtulanlar, eyalet mahkemesinden, yürüyüşün nazi üniformaları ve gamalı haç veya ırk ya da din bakımından nefreti tahrik edecek ya da artırabilecek nitelikteki sembollerin kullanılarak yapılmasını yasaklanmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesinden talep yönünde bir mahkeme emri çıkmakla birlikte, eyalet yüksek mahkemesi, salt bir saldırı olasılığının, düşüncüyü ifade etmek için yapılacak olan bir etkinliği engelleyecek nitelikte bir mahkeme emrinin verilmesi için yetersiz olduğuna değinerek, bu emri iptal etmiştir. Ancak, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu mahkeme emrinden sonra ve fakat bu emrin iptal edilmesinden önce, şehirde, din, ırk, etnik köken, milli ya da bölgesel aidiyetlikleri nedeniyle bir grup insana karşı şiddet, nefret, düşmanlığa tahrik ve hakaret fiillerinin yasaklandığına dair yönetmelikler düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmelikler ise gerek ilk ve gerek orta dereceli mahkemeler tarafından, düşüncüyü ifade özgürlüğüne aykırı bulunmuş ve geçersizliklerine hükmedilmiştir. Yüksek Mahkeme de, geçersizliklerine hükmedilen bu yönetmelikler hakkında verilen kararların incelenmesi talebini reddetmiştir. **FISCH**, s. 481, 482, **STONE**, s. 80, **GARD**, s. 545, 546.

etmeyi meşru kılmadığı, ancak “bir grup insanı böyle bir harekete kışkırtma” halinde müdahale edilebileceğini belirtilmiştir⁷⁹⁹.

1992’de *R .A. V. City of St. Paul* kararında da Mahkeme, Robert Allen Viktoria isimli kişinin, tamamı beyazlardan oluşan bölgeye taşınan siyah bir aileyi korkutma amaçlı olarak, evlerinin civarında ırkçı örgüt Ku Klux Klan’ın sembolü olarak bilinen haç yakma eyleminden dolayı mahkûm edilmesi ve yanan haçın gamalı Nazi haçları gibi insanlar arasında cinsiyet, ırk, renk, din ve inanca dayalı olarak öfke, tedirginlik ve kızgınlık yaratacak sembollerin kamuya açık şekilde teşhirini yasaklayan ve Robert Allen Viktoria’nın mahkûmiyetine dayanak teşkil eden yasanın⁸⁰⁰ Anayasa’ya aykırı olduğunun ileri sürülmesi üzerine, söz konusu yasayı, ifadenin konusu bakımından Anayasa’nın Ek. 1. maddesine aykırı bulmuştur⁸⁰¹. Bununla beraber son yıllarda Mahkeme’nin söz konusu yaklaşımında bazı değişimler kaydedilmekte ve “*Topluluğa Hakaret*”⁸⁰², Anayasa’nın 1.

⁷⁹⁹ **BLEICH**, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, s. 289, **ÖZSOY**, Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, s. 37, **TOURKCHORITI**, 576.

⁸⁰⁰ Söz konusu Yasa’ya (Minnesota Önyargı Motiviliyle İşlenen Suçlar Yasası) göre, kamuya ait ve özel alanlarda, ırk, renk, din, mezhep ya da cinsiyet temelli olarak, bu topluluklar arasında öfke, korku ya da kini tahrik ettiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği halde bir yanan haç, gamalı haç ya da diğer bir sembolü teşhir eden kişi cezalandırılacaktır. **STONE**, s. 80.

⁸⁰¹ Mahkeme’nin söz konusu Kanun’u Anayasa’ya aykırı bulmasının temel sebebi, yasanın, ırk, renk, din, mezhep veya cinsiyet bakımından ortaya çıkan saldırgan ifadeleri cezalandırmış olmasına rağmen, örneğin siyasal üyelik, sendika üyeliği ya da eşcinsellik gibi kavramların konusu olduğu saldırgan ifadeleri, bu cezalandırma alanının dışında tutmuş olmasıdır. Böyle bir durum ise, cezalandırma bakımından ayrımcılık yapılması anlamına gelmektedir. Bu nedenle Mahkeme’ye göre, saldırgan ifadeler cezalandırılabilir olmakla beraber, bu ifadelerin, söz konusu ifadenin içeriği bakımından (din, ırk, renk vs.) ayrımcılık yapılmak suretiyle cezalandırılması Anayasa’ya aykırıdır. **STONE**, s. 81, **O’NEIL**, s. 486. Böylece Mahkeme, saldırgan ifadelerin Anayasal korumadan yararlanmamasının nedenini, bu ifadelerin, konuşmacının önyargısını/saikini dile getirdiği ifadeler olmasından değil, şiddet doğurmayla eğilimli olmasından kaynaklandığını ifade etmiş olmaktadır. Zira bir ifade salt içerik bakımından yanlış, kaba ya da rağbet görmeyen bir ifade olmasından dolayı sınırlandırılmaz. **FISCH**, s. 466, **MASSARO**, s. 222, **O’NEIL**, s. 489.

⁸⁰² Topluluğa hakaret, Yüksek Mahkeme’nin *Beauharnais v. Illinois* kararında tartışmış olduğu bir kavram olmakla birlikte, daha sonraları uygulanabilirliğinden şüphe edilen bir teori haline gelmiştir. Söz konusu davada sanık, cezalandırılmasının gerekçesini oluşturan ve belli bir sınıf vatandaşı, ırk, renk, mezhep ya da din temelli olarak, ahlaktan ve erdemden yoksun, kriminal ve namussuz olarak tasvir eden nitelikteki ifadeleri suç olarak düzenleyen kanunun Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme ise, bu tip hakaret içeren ifadelerin Anayasal koruma kapsamında olmadığını ifade ederek, söz konusu kanunun Anayasa’ya uygun olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkeme’ye göre, somut olayda kullanılan ifadeler, ciddi bir zararın oluşması bakımından açık ve yakın bir tehlike yaratmasalar da kamu barışı, vatandaşların onuru ve eyaletin esenliği böyle bir sınırlandırmayı haklı kılmaktadır. Kaldı ki, somut olayda kullanılan ifadeler ya da açıklanan düşünceler, sanık iyi niyetle ve meşru bir amaç için bu fiili işlemedikçe, doğruluk ya da yanlışlıkları göz önünde bulundurulmaksızın sınırlandırılabilir. **FISCH**, s. 479, **STONE**, s. 78, 79, **MASSARO**, s. 212, **O’NEIL**, s. 482.

Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme’nin vermiş olduğu bu kararın, *New York Times Sullivan* (1964) kararıyla sarsıldığını ve günümüz de dâhil olmak üzere geçerliliğini yitirdiğini ifade etmek mümkündür. *New York Times Sullivan* davası, polis şefi olan L.B. Sullivan hakkında New York Times gazetesinde 1960 yılında yayımlanan bir ilan neticesinde görülmüş olan bir davadır. Adı geçen ilan, “*Onların Yükselen Seslerine Kulak Verin*” başlığı altında yayımlanmış ve kendilerini Martin Luther King’i Savunma ve Güneyde Özgürlük için Savaş Komitesi olarak tanımlayan bir grup tarafından verilmiştir. Vatandaşlık Hakları Hareketi temsilcisi Martin Luther King’in, verdiği eyalet gelir vergisi beyannamesi hakkındaki bir iftira yüzünden sorguya çekilmesi ve daha sonra suçsuz bulunup beraat ettirilmesi üzerine yayımlanan ilan, siyah vatandaşları sindirmek, onları anayasal haklarından yoksun bırakmak için bir “*terör dalgası*” estiren “*güneyli bozguncuları*” sert bir dille suçlamıştır. Bunun üzerine Sullivan, gazeteye bir mektup göndermiş, kendisinin bu ilanla, görevi kötüye kullanma suçlamasıyla karşılaştığını iddia etmiş ve gazetenin tekzip yayımlaması talebinde bulunmuştur. Halbuki, söz konusu ilanda Sullivan’ın ismi hiçbir şekilde geçmemiştir. Bunun üzerine gazetenin avukatları, Sullivan’a bir mektup göndererek, ilandaki sözlerin nasıl olup da kendisine yönelik olduğu kanaatine varmasının kendilerini şaşırttığını ifade etmişlerdir. Bunun üzerine ise

Ek maddesinin sağladığı korumanın istisnası olarak değerlendirilmektedir⁸⁰³. Zira 2003 tarihli *Virginia v. Black* davasında Yüksek Mahkeme, insanların gözünü korkutmak amacıyla yanan haç teşhirini suç haline getiren yasayı, Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bu davada Yüksek Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemenin düşüncenin konusuna sınırlama getirdiğini kabul etmekle beraber, Amerika tarihinde kölelik ve ırk ayrımı ile ilgili yaşanan bir takım acı olayları çağrıştıran sembollerin, göz korkutma/tehdit amaçlı olarak kullanımını, toplumsal barışa karşı gerçek bir tehdit olarak kabul etmiş ve getirilen yasaklamayı Anayasa'ya uygun bulmuştur⁸⁰⁴.

2011 yılında *Snyder v. Phelps* davasında ise Yüksek Mahkeme, Tanrı'nın, özellikle ordudaki eşcinsel ilişkilere gösterdiği hoşgöründen dolayı Amerika Birleşik Devletleri'nden nefret ettiği ve bu nedenle ordudaki askerleri öldürerek cezalandırıldığı düşüncesini savunan ve askeri cenazelere gözetmen görevlendiren, Irak'ta öldürülen Marine Lance Corporal Synder'in cenazesinde de “*Tanrı Amerika Birleşik Devletleri'nden nefret ediyor*”, “*Cehenneme gideceksiniz*”, “*Tanrı sizden nefret ediyor*” şeklinde dile getiren Westboro Kilisesi üyelerinin ifadelerini, bu ifadeler, aşağılayıcı, saldırgan, ağır ve şok edici olsa ve dinleyici kitlesini öfkeliendirse de protestonun, kamu yararını geniş ölçüde ilgilendirdiğini ifade etmek suretiyle, koruma altına almıştır. Zira Mahkemeye göre, Anayasa'nın 1. Ek maddesi, söz konusu grup tarafından ifade edilen bu iğneleyici cümleler ve ifade edildiği

Sullivan, dava açmıştır. **İNCEOĞLU, Yasemin G.**, New York Times ve Basın Özgürlüğü, Marmara İletişim Dergisi, Sayı:4, Ekim 1993, s. 94,

Görülen dava sonucunda eyalet mahkemesi Sullivan lehine 500.000 dolar tazminata hükmetmiştir. Karara itiraz edilmesi üzerine önüne gelen davada Yüksek Mahkeme ise, kamusal sorunlara ilişkin tartışmaların, yasaklanmadan, açık ve dirençli bir şekilde yapılması gerektiği üzerinde durarak, gerçeğe aykırı ifadelerin, özgür bir tartışmada kaçınılmaz olarak bulunabileceğine ve bu nedenle de ifade özgürlüğü kapsamında bir yere kadar korunabileceğine değinmiştir. Zira sadece doğru ifadelerin Anayasal korumadan yararlanacağı gibi bir kural kabul edilirse, kişilerin kendilerine otosansür uygulaması ve bu anlamda kamusal tartışmaların canlılığının ve çeşitliliğinin sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Söz konusu tespitlerle Yüksek Mahkeme, kamu görevlilerinin, görevleri nedeniyle uğradığı gerçek dışı hakaret fiillerinden dolayı tazminata hak kazanabilmelerinin, somut olayda kendilerine yönelen hakaret fiillerinin, gerçeğe aykırı olduğunun bilinerek ya da gerçeğe aykırı olup olmadıkları önemsenmeksizin yayımlandıklarının ispatlamasına bağlı olduğunu ifade etmiştir. **STONE**, s. 79, **ROMERO**, s. 18, 20.

Böylece, New York Times kararının, Beauharnais kararında geliştirilen prensipleri aşağı ettiğini söylemek mümkündür. Zira Beauharnais davasında verilen karar, hakaretimiz ifadelerin, somut olayda kullanılan ifadelerin doğru ya da yanlış olmasına bakılmaksızın, Anayasal korumanın dışında tutulması üzerine kurulmuştur. New York Times kararı bu anlamda, Beauharnais kararında ulaşılan kanaatin Anayasal dayanağının olmadığını bir başka ifadeyle, topluluğa hakaretin, ciddi bir zararın oluşacağı yönünde açık ve yakın bir tehlike yaratıp yaratmayacağını değerlendirmeksizin düşüncenin ve rahatsızlık yaratan nitelikteki ifadelerin sınırlandırılmasının artık Anayasal korumadan yararlanamayacağını netleştirmiş olmaktadır. **STONE**, s. 79, 80, **MASSARO**, s. 222, **DANCHIN**, s. 17.

⁸⁰³ **WALDRON**, 1614, **GEY, Steven G.**, Few Questions about Cross Burning, Intimidation, and Free Speech, Notre Dame Law Review, Vol. 80, Iss. 4, 2005, s. 1296,

⁸⁰⁴ **ÖZSOY**, s. 37, Yüksek Mahkeme “*gerçek tehdidi*” *Virginia v. Black* davasında, “*bir kişinin, belli bir kişiye ya da gruba yönelik olarak, kanuna aykırı bir şiddet eylemi gerçekleştirme niyetini ciddi bir biçimde ortaya koyan nitelikte beyanları*” olarak tanımlamıştır. **GEY**, s. 1346, **GILLES**, s. 531, **STRASSER, Mark**, Mill, Holmes, Brandeis and a True Threat to Brandenburg, Birgham Young University Journal of Public Law, Vol. 26, Iss. 1, 2012, s.67.

şartlara meşru bir özgürlük alanı sağlamaktadır⁸⁰⁵. Ayrıca, Mahkeme'ye göre, söz konusu olayın “*gerçek tehdit*” kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Zira Westboro kilisesi üyeleri, cenaze törenini aksatmamış oldukları gibi cenaze töreni sırasında, cenazenin olduğu bölgeden yaklaşık 300 metre uzakta bulunmakta ve davacı protestocuların ne söylediğini duymamakta, dövizlere ne yazdıklarını görmemektedir. Davacı olaya ilişkin detayları, haberler vasıtasıyla öğrenmiştir. Bu da protestocuların, Snyder'ı korkutma ya da sindirme kastının değil, kamunun ilgisini çekme kastının olduğunu göstermektedir⁸⁰⁶.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan sonra, Amerikan Hukuku bakımından nefret söylemlerine ilişkin tarihsel süreci özetleyecek olursak, Yüksek Mahkeme'nin hangi tür ifadelerin düşüncüyü ifade özgürlüğü kapsamında Anayasal korumadan yararlanmayacağı hususunda, farklı dönemlerde farklı teoriler geliştirmiş olduğunu ifade etmek mümkündür.

İleride daha ayrıntılı bir biçimde açıklayacağımız üzere, düşüncüyü ifade özgürlüğüne daha geniş bir yer açmak maksadıyla ilk defa *Schenck v. ABD* davasında hâkim Holmes tarafından ortaya atılan ve fakat ortaya atılma amacından oldukça uzak bir şekilde yorumlanan “*açık ve yakın tehlike*” teorisi, bu teorilerden ilkidir. Söz konusu teori,

⁸⁰⁵ **SORIAL, Sarah**, Hate Speech and Distorted Communication: Rethinking the Limits of Incitement, Law and Philosophy Journal, Vol. 34, Iss. 3, 2015, s. 305, 309., **TSESİS**, s. 1149, 1150, 1152,

İlgi çekici diğer bir dava da *Yahoo!, Inc v. la Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme* davasıdır. Bu davada, “iki Fransız öğrenci örgütü, Yahoo'nun açık artırma sayfasında Nazi hatıra eşyalarını satışa sunarak Ceza Kanunu'nun 645-5. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiş ve Internet Servis Sağlayıcısının Fransız hukukunu çiğnediği için soruşturma açılmasını istemiştir. Zira, Ceza Kanununun 645-1. maddesi insanlığa karşı suçlardan sorumlu olan bir örgütün veya kişinin arma, amblem veya üniformasını giyen veya kamuya gösteren kişilerin bu hareketlerini halka, devlete veya kamu güvenliğine karşı ciddi bir suç olarak düzenleyerek yasaklamıştır. Internet sayfasının içeriği ABD'de oluşturulduğundan ve bu eylem ABD Anayasası'nın Birinci Değişikliği ile koruma altına alındığından Yahoo! Bu davada eylemlerin Fransız yargı yetkisinin dışında olduğunu savunmuştur. Bu iddiaları reddeden Hâkim Jean-Jacques Gomes, Yahoo!'nun sorumlu olduğunu ve Nazi objelerini, hatıra eşyalarını, arma, amblem ve bayraklarını satışa sunan Yahoo.com açık artırma sayfasına 'Fransız vatandaşlarının' erişiminin engellenmesini ve üç ay içinde mahkeme kararına uygun şekilde hareket edilmemesi halinde Yahoo!'nun her gün için 100.000 Frank karşılığı bir ceza ile karşılaşacağını kararlaştırmıştır.

Bunun karşısında Yahoo!, Birleşik Devletler Kuzey Kaliforniya Bölgesi Bölge Mahkemesi'ne başvurarak Fransız mahkeme kararının uygulanmasının, Amerikan Anayasası'nın Birinci Değişikliğinin ihlali anlamına geleceğini iddia etmiş ve mahkeme de bu yönde bir karar vermiştir. Bu kararında mahkeme, mevzu bahis ifadenin [internet içeriğinin] belirli bir kişiye, örgüte veya kuruma karşı direk, inandırıcı bir tehdit içermemesi veya yakın bir zamanda gerçekleşmesi muhtemel olan yasadışı bir eyleme teşvik oluşturmaması halinde, kanunilik testini geçmesi olacağını ve Anayasa'nın Birinci Değişiklik düzenlemesi altında korunacağını açıklamıştır.” **BANKS, James**, Siberalemede Sınır Aşan Nefret Söylemleri Konusunda Avrupa Düzenlemeleri: Yasal Düzenlemenin Sınırları, Çev. Celalettin Dönmez, Küresel Bakış, Yıl: 4, Sayı: 13, Nisan 2014, s. 38, 39,

Belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği e-Ticaret Direktifi'ne göre, bir üye devlet, diğer bir üye devletten bilgi sağlanmasını özgürlüğünü, suçların önlenmesi, soruşturulması, suçluların yakalanması ve dava edilmesi nedenleriyle, küçüklerin korunması ve ırk, cinsiyet, din, milliyet temellerinde nefreti kışkırtacak her türlü faaliyete karşı mücadele nedenleriyle ve bireylerin insan onurunun ihlalinin önlenmesini sağlamak üzere, sınırlandırılabilir. Yine Direktif, mahkemeler ve idari mercilere, üye devletlerin hukuk sistemiyle uyumlu olarak, servis sağlayıcıdan ihlali durdurmasını talep etme hakkını sağlamaktadır. Bunun yanında Direktif, üye devletlere, mevzuatlarının ihlal edilmesi halinde, bilginin kaldırılması ya da erişiminin engellenmesi hakkında bir yöntem belirlemek hakkını da tanımaktadır. **TOURKOCHORITİ**, s. 566.

⁸⁰⁶ **TSESİS**, s. 1151.

günümüzde hala uygulanmakla birlikte, 1919 yılında ilk ortaya atıldığı ve bu anlamda 1. Dünya Savaşı, Soğuk Savaş ve kızıl korku dönemlerinde uygulandığı şekliyle daha farklı bir biçimde yorumlanmaktadır. “*Açık ve yakın tehlike*” teorisi bakımından değişmeyen temel nokta ise, teorinin, üçüncü kişileri şiddet ya da hukuka aykırı bir fiile “*tahrik*” davalarında kullanılan bir teori olarak ortaya çıkmış ve bu özelliğini hala devam ettiriyor olmasıdır.

Düşünceyi ifade özgürlüğünün kısıtlanması gerekçesini oluşturan diğer bir teori, “*saldırgan ifadeler*” teorisidir. “*Saldırgan ifadeler*” teorisi de günümüzde, ilk ortaya çıktığı şekli bakımından geçerliliğini yitirmiş bir teori olarak görülmektedir. Zira söz konusu teori, düşünceyi ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının temelini, sözlü saldırının, yöneldiği kimsede şiddet içeren hareketler yaratması eğilimi göstermesine dayandırmıştır. Böyle bir yaklaşım şekli ise, daha sonraki yıllarda, devletin, kamusal tartışmaları disipline etmek ve diğer vatandaşları, rahatsız edici bir dilden koruma amacıyla, kaba nitelikteki ifadelerin kullanımını yasaklayamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Kaldı ki teori, bu nitelikteki ifadelerin doğrudan bir muhataba, somut bir kimseye yönelmesi gerekliliği üzerine kurulmuş olduğu için, ortalıkta sarf edilen ve herhangi bir kimseye yöneltilmeyen kin ve nefret ifadeleri bakımından cezai bir sorumluluk doğurmamaktadır. Diğer yandan, söz konusu ifadenin saldırgan olarak değerlendirilebilmesi, muhatabının bireysel tepkisine bağlı olmaktadır. Bu nedenle günümüzde söz konusu teori, açık ve yakın tehlike teorisinin bir alt kategorisi olarak görülmekte ve onunla uyumlu olarak uygulanmaktadır⁸⁰⁷. Zira teorisinin uygulanması, somut olayda kullanılan ifadelerin, oldukça ağır nitelikte provakatif bir hakaret içermesine, ortalama bir insan değerlendirdiğinde, her an ortaya çıkabilecek acil bir şiddet olayına sebebiyet vermeye doğrudan eğilimli olmasına bağlı olmakla birlikte, bu ifadelerin, bir topluluğa değil de bir kimseye karşı yüz yüze (fiziksel olarak) gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁰⁸.

Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında karşımıza çıkan diğer bir teori, “*Topluluğa Hakaret*” teorisidir. Söz konusu teori oldukça öz bir tanımla, toplum içerisinde etnik, kültürel, ırksal, dinsel, ulusal, cinsiyet ya da diğer bir farklılıkları sebebiyle belli bir kimse

⁸⁰⁷ **AYDIN**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, s. 312, 356, 357, 369, Açık ve yakın tehlike teorisine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 97 vd.

⁸⁰⁸ **GARD**, s. 536, 549, 559, 563, 572,

Bu nedenle, bu nitelikteki sözlerin telefonla, mağdurun yanından arabayla geçerken arabanın içinden ya da üç yüz metre kadar uzaktan söylenmesi, çeşitli mahkeme kararlarında, “*yüz yüze olma*” şartının gerçekleşmemesinden dolayı, saldırgan ifade olarak değerlendirilmemiştir. **GARD**, s.559.

ya da topluluğa hakaret edilmesi⁸⁰⁹ olup, toplumsal kargaşayı tetikleyici nitelikteki ayrımcı ifadelerdir⁸¹⁰. Söz konusu teori de günümüzde geçerliliğini yitiren bir teori olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira topluluğa hakaret, düşüncüyü ifade özgürlüğünün istisnasını oluşturduğu ve birçok eyalet yasasında suç olarak düzenlendiği dönemlerde, kamu barışı, kamu düzeni ve kamu güvenliğini tehdit eden bir kurum olarak görülmüştür. Bu nedenle de söz konusu nitelikteki fiiller, “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak bu anlayış, zaman içerisinde değişmiş ve söz konusu tipteki hakaret fiillerinin, şiddet ya da hukuka aykırı bir fiilin işleneceği hususunda açık ve yakın bir tehlike oluşturmadıkça, kamu barışını ve ceza hukukunu ilgilendiren konular olmasından çok kişilerin şeref ve haysiyetini ve medeni hukuku ilgilendiren haksız fiiller olduğu kabul edilmiştir⁸¹¹.

Günümüzde, kin ve nefrete tahrik bakımından uygulanan teoriler ise, “*modern tahrik*” teorisi ile “*gerçek tehdit*” teorileridir. Modern tahrik teorisi, “*açık ve yakın tehlike*” teorisinin günümüze uyarlanan şekli olup, isminden de anlaşılabilirliği gibi, üçüncü kişilerin, şiddete tahrik edildiği davalarda uygulanan bir teori olup, açık ve yakın tehlike teorisinin ilk ortaya atıldığı şeklinden çok daha sıkı şartlara bağlanarak uygulanmaktadır⁸¹².

“*Gerçek tehdit*” teorisi ise, temelde, etnik, dini, ulusal, ırksal ya da diğer farklılıkları nedeniyle, tehdide/sindirilmeye maruz kalan kişi ya da toplulukları korumak amacıyla kullanılan bir teoridir. Söz konusu teori bakımından, üçüncü kişilerin, etnik, dini, ulusal, ırksal ya da diğer farklılıklara sahip bir kişi ya da topluluğa karşı şiddete tahrik edilmesi

⁸⁰⁹ JONES, s. 587.

⁸¹⁰ TSESİS, s. 1179.

⁸¹¹ FISCH, s. 478, 482, AYDIN, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, s. 133, 139,

Bu düşüncenin temelinde, devletin, hangi düşüncelerin kamusal tartışmaya yarar sağlayıp sağlamadığı ya da olağanüstü haller dışında, zarar verici özellikleri olduğu için bir düşüncüyü diğerine tercih etme hususunda karar verme yetkisinin olmadığı yatmaktadır. Böylece devlet, komünizmin savunulması, devam eden bir savaşa karşı tahrik fiillerinde bulunulması, bayrak yakılması ya da ırk, din, etnik köken ya da cinsiyet bakımından farklı özelliklere sahip bir grubun ağır bir şekilde tahkir edilmesi fiillerini Anayasal olarak sınırlandıramaz. Bu sınırlandırmanın söz konusu olamamasının sebebi ise, bu türden ifadelerin zararsız nitelikte olmasından değil, hangi düşüncelerin açıklanıp açıklanmayacağına karar verme gücünün devlete verilmesinin daha fazla zarar yaratacak olmasındandır. STONE, s. 82, Kaldı ki bir düşüncenin, karşı düşünce açıklamalarıyla alt edilmesi, o düşüncenin ifadesini sınırlamaktan çok daha güçlü bir etki yaratabilir. MASSARO, s. 254. Ancak karşı görüşte olan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, topluluğa hakaret niteliğindeki ifadelerin, düşüncüyü ifade özgürlüğü ile uyumlu olacak şekilde sınırlandırılması hatta bu konuda federal düzeyde bir suç tanımının yapılması mümkündür. Zira topluluğa hakarete maruz kalmama hakkı, “*eşit derecede korumadan yararlanma*” ve “*ayrımcılıktan korunma*” gibi temel insan haklarının kapsamındadır. Bu anlamda örneğin, bir kimsenin (Dr. William Shockley, 1960), siyahların IQ’sunun beyazların IQ’sundan on beş birim daha düşük olduğunun iddia edilmesi başka bir şey, söz konusu IQ testi sonuçlarının, beyaz ırkın genetik olarak siyah ırktan daha üstün olduğunun kanıtı olduğunu ifade etmek başka bir şeydir. İlk önerme, birçok insan bakımından, onur kırıcı olarak nitelendirilse bile, aslında bir bulgu değerlendirmesidir ve ne özel hukuk ne de ceza hukuku sorumluluğu doğurur. İkinci önerme ise, bir topluluğa hakaret niteliği taşır. JONES, s. 590, 597.

⁸¹² Modern tahrik (Brandenburg) teorisine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. s. 106 vd.

gerekmemekte ve bu anlamda somut olayda “*açık ve yakın tehlikenin*” araştırılması söz konusu olmamaktadır. Zira gerçek tehdidin tartışıldığı davalarda temel alınan husus, kullanılan ifadelerin, şiddet ortamının oluşması bakımından muhakkak bir yakınlık yaratıp yaratmadığı değil, tehdidin yöneldiği grup üzerinde yarattığı korkudur.

Ancak belirtmek gerekir ki, kin ve nefret söylemlerinin dava konusu olduğu birçok olayda, gerek şiddete tahrik ve gerek ise gerçek tehdit oluşturabilecek nitelikte ifadelerin iç içe geçmiş olabilmektedir. Bu nedenle, bu gibi davalarda temel tartışma, somut olaya hangi teorisinin uygulanacağı olmaktadır. Zira modern tahrik teorisinin uygulanması, düşüncüyü ifade özgürlüğünü korumak bakımından oldukça sıkı şartlara bağlanmışken, gerçek tehdit teorisi daha esnek bir yapıya sahiptir ve düşüncüyü ifade özgürlüğünü koruma alanı daha dardır. Bu nedenle, kin ve nefret temelli birçok davada sanıklar, kullandıkları ifadelerin politik bir yanının olduğunu iddia etmek suretiyle, modern tahrik teorisinin uygulanması gerektiği üzerinde durmuşlardır. Zira modern tahrik teorisinin uygulandığı davalara göz atıldığında, söz konusu teorisinin daha çok, doğrudan devlet, devlet politikaları ya da yöneticilerine yönelik fiillerin değerlendirilmesinde kullanıldığı görülmektedir. Bu anlamda, iki teori arasındaki bir diğer temel farkın, modern tahrik teorisinin saf politik nitelikteki düşünce ifadelerinin değerlendirilmesinde, gerçek tehdit teorisinin ise, politik bir yanı olmayan öznel nitelikteki davalarda kullanılan bir teori olduğu ifade edilmektedir⁸¹³.

İHAM ve ABD yargısı arasındaki benzerlik ve farklılıklara gelecek olursak, iki yargı sistemi arasındaki benzerlik, İHAM’nin sıkça ifade ettiği, “*herhangi bir kesimi incitmesi, şok etmesi ya da rahatsız etmesinin bir sınırlama sebebi olmadığı*” hususunun, Amerika Yüksek Mahkemesi kararlarında “*kullanılan ifadelerin, saldırgan, ağır ve şok edici olabileceği*” şeklinde ifade edilmiş olmasıdır. Böylece, düşüncüyü ifade özgürlüğü, sırf iktidar ya da vatandaşların çoğu tarafından kabul edilebilir olan düşüncelerin ifadesine izin verilmesi olarak algılanmamalıdır⁸¹⁴. Diğer yandan, her iki yargı sisteminde de “*orantılılık*” bakımından değerlendirmede bulunmaktadır. İHAM kararlarında, uygulanan tedbir ya da mahkûmiyet ile ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının amacı arasında makul bir dengenin olup olmadığı göz önünde bulundurulmaktayken, Yüksek Mahkeme kararlarında,

⁸¹³ SEGALL, s. 191, GEY, s. 1325, VITIELLO, s. 9, 16.

⁸¹⁴ PASQUALUCCI, Jo M., Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 39, January 2006, s. 388, GARD, s. 544.

sınırlanan özgürlük ile bu yolla korunmaya çalışılan diğer hukuki menfaat arasındaki orantılı dengenin bozulmaması hususu değerlendirilmektedir.

İHAM ile Amerika Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararlar açısından temel farklılık ise, İHAM'nin insanlık suçları ya da soykırımı eleştiren, tartışan ya da onaylayan düşünce açıklamalarının, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bu türden ifadelerin sınırlandırılabilmesi, Amerika Yüksek Mahkemesi'nin ise, kamu barışı açısından açık ve yakın bir tehlike ya da gerçek bir tehdit ortaya çıkmadıkça, bu tür ifadelerin sınırlandırılmayacağı yaklaşımından kaynaklanmaktadır. ABD'de ifade özgürlüğü, yüksek bir değer olarak görülmekte ve nefret söyleminin sırf içeriği nedeniyle sınırlandırılmayacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda, soykırımın reddi, Amerikan bayrağı ya da haç yakılması, gamalı haç açılması ve hatta eşcinselliğe yönelik nefret söylemleri Amerikan hukuku bakımından, genel olarak koruma altında olan fiillerdir⁸¹⁵. İHAM ise, bu tip ifadeler açısından “*şiddete tahrik*” şartını aramamakta, salt ırkçı, ayrımcı niteliğe sahip düşüncelerin ifade edilmesini, bir başka ifade ile “*nefrete tahriki*” yeterli görmekte ve böylece açıklanan düşüncelerin içeriği göz önünde bulundurularak sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Zira Mahkeme'ye göre, nefrete dayalı hoşgörüsüzlük, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında koruma altında değildir. Bunun yanı sıra İHAM, nefrete dayalı hoşgörüsüzlükten ne anlaşılması gerektiğini, kararlarında net bir şekilde ortaya koymamakla birlikte, nefret söylemine ilişkin düzenlemeleri oldukça geniş bir bakış açısıyla değerlendirmekte ve bu nedenle nefret söylemi dolayısıyla ortaya çıkabilecek “*sosyal zarar*” çeşitliliğini de, orantılılık bakımından açık bir çözümleme yapmaksızın, oldukça geniş bir şekilde ele almaktadır. Mahkeme *Feret v. Belçika* davasında⁸¹⁶, nefret söyleminin, salt hedef topluluğa karşı hakaret, şiddet ya da ayrımcılık fiillerinin gerçekleştirilmesine neden olmadığını, aynı zamanda, toplumsal iklimin huzurunu bozacak tepkilerin oluşmasına neden olarak, “*kamu barışı*” ve “*siyasal istikrar*”

⁸¹⁵ TOURKOCHORİTİ, s. 577, 578.

⁸¹⁶ Daniel Féret Belçika'daki Ulusal Cephe (National Front) adlı siyasi partinin başkanı ve Parlamento'da milletvekili olup, partisinin seçim kampanyasında “*Belçika'nın İslamlaştırılmasına karşı çıkın*”, “*Düzmece entegrasyon politikasına son verin*” ve “*Avrupalı olmayan iş arayanları evlerine gönderin*” gibi sloganlar içeren çeşitli broşürler dağıtılmıştır. Belçika mahkemesi Feret'i ırk ayrımcılığına kışkırtma suçundan mahkûm etmiş, İHAM ise, Féret'in ifadelerinin açık bir şekilde özellikle toplumun daha az bilgili üyeleri arasında yabancılara karşı güvensizlik, reddetme ve hatta nefret uyandırma potansiyeline sahip olduğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, seçim ortamında dile getirilmiş olması Féret'in mesajını daha etkili kılmış, açık bir şekilde ırksal nefrete tahrike kadar varmıştır. Sonuç olarak İHAM Feret'in mahkûm edilmesini haklı bulmuştur. **Feret v. Belçika, Başvuru No. 15615/07, 16.07.2009, SOTTIAUX**, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, s. 44, Benzer kararlar için bkz. **Willem v. France, Başvuru No. 10883/05, 16.07.2009, Le Pen v. France Başvuru No. 18788/09, 07.05.2010**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2016).

açısından da tehlike oluşturduğunu ifade ederek, aslında ortaya çıkabilecek zararlar, açıklanan düşünce arasında kurduğu nedensellik bağı açısından oldukça düşük bir eşik belirlemiştir. Zira Mahkeme bu ve buna benzer davalarda, açıklanan düşüncelerin, insanlar arasında bir düşmanlık yaratma riski ya da eğilimi olup olmadığına, hedef grup/topluluğun üyeleri üzerinde yaratılan psikolojik zarara ve nihayet nefret temelli şiddet ya da ayrımcılık olaylarının gerçekleşme olasılığına göre değerlendirme yapmaktadır. Bu ise, bu kadar muğlak ve geniş nitelikli bir sosyal zarar anlayışının, politik düşünce ifadeleri de dâhil olmak üzere, ifade özgürlüğü pahasına korunmasına neden olmaktadır. Böyle bir yorum şekli ise, bugün artık Amerikan uygulamasında, politik düşünce açıklamalarını koruma altına almak bakımından oldukça şüpheyile yaklaşılan ve yerini “açık ve yakın tehlike” teorisine bırakan “kötülük eğilimi” teorisini anımsatmaktadır⁸¹⁷.

Şu halde, ABD’de de zaman zaman birbirine zıt nitelikte kararlar ortaya çıksa da, günümüzde genel eğilim, kamu barışı açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarmaya elverişli olmayan yahut gerçek tehdit oluşturmayan ifadelerin, düşünceyi ifade özgürlüğü kapsamında Anayasal korumadan yararlanmasıdır. Böyle bir kriterin ise, nefret söylemine maruz kalan kişi/topluluklar bakımından tartışmalı bir zemin oluştursa da, düşünceyi ifade özgürlüğü lehine oldukça geniş bir alan yarattığını söylemek mümkündür. İHAM’nin geliştirdiği ölçütlerin ise, modern tahrik teorisi (Brandenburg teorisi) kadar yüksek bir koruma sağlamadığını ifade etmek gerekmektedir⁸¹⁸.

⁸¹⁷ SOTTIAUX/ RUMMENS, s. 112, 113, 123.,

Bu bağlamda, bazı yazarlara göre, “Sözleşme’nin ruhuyla uyumlu olmayan” (İHAS m. 17), “Kamu barışını, toplumsal huzuru ya da siyasal istikrarı” tehdit etme riski ya da eğilimi olan düşünce ifadelerinin cezalandırılması çabaları tartışmalı görünmektedir. Zira Mahkeme, düşüncenin ifadesinin sınırlandırılmasına gerekçe oluşturan “zararlar” konusunda daha kesin çizgiler çizmeli, düşünceler arasında bir kategorizasyon oluşturmalıdır. Bu nedenle, kamuya açık alanda dile getirilen nefret söylemi-özel alanda dile getirilen nefret söylemi, tehdit dili-saldırgan dil, nefrete ve ayrımcılığa tahrik-nefret ve ayrımcılık ifadeleri arasında bir ayırım yapılmalıdır. Diğer yandan, zararın oluşması bakımından doğrudan risk yaratmayan ifadelerin cezalandırılmasını engellemek adına Mahkeme’nin belli sınırlayıcı sabit standartlar oluşturmaları gerekmektedir. Bu sınırlamanın bileşenleri bakımından ise, somut olayda kullanılan ifadelerin içeriği (mesajı), ifadeyi kullanan kişinin kayıtsızlığı ya da dikkat-özensizliğinden ziyade kastı ve ifadeyi kullandığı şartlar ve nihayet bu ifadenin ortaya çıkarabileceği muhtemel sonuçlar dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, açıklanan düşüncenin, kamu barışını ya da huzurunu bozmaya elverişli olması yeterli değildir. Önerilen sınırlama şartları ise, İHAM’nin yabancı olduğu bileşenler olmayıp, “şiddete tahrik” davalarında kullandığı ölçütlerdir. Zira bu tür davalarda Mahkeme, kullanılan ifadenin içeriği, ifadeyi kullanan kişinin kastı gibi hususlar yanında kullanılan ifadenin ortaya çıkarabileceği olası ciddi neticeleri de göz önünde bulundurmaktadır. Diğer yandan Mahkeme, kamusal tartışmaya yaptıkları önemli katkıdan dolayı, politikacıların bu nitelikteki düşünce açıklamalarının sivil vatandaşlara oranla daha çok korumalıdır. Her ne kadar bir politikacının kullandığı ifadeler, diğer bir kişiye göre daha ağır ve zarar yaratabilecek nitelikte olsa da politikacıların, kendilerini seçen kişilerin sesi olduğu ve bu anlamda çoğaltan etkilerinin bulunduğu, diğer yandan ise seçmenlerin yararı doğrultusunda hareket etmek gibi özel bir rollerinin olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, Mahkeme’nin bazı davalarda düşünceyi ifade özgürlüğünün bilhassa seçilmiş temsilciler için önemli olduğu vurgulanırken, diğer yandan toplumda hoşgörüsüzlük ortamı yaratacak düşünce ifadelerinden kaçınmaları sorumluluklarının olduğunu ifade etmesi çelişki oluşturacak niteliktedir. SOTTIAUX/RUMMENS, s. 123, 124, 125.

⁸¹⁸ SOTTIAUX/ RUMMENS, s. 124.

D. 5237 Sayılı Kanun Bakımından Değerlendirme

Ulusal mevzuatımız bakımından, “*nefret suçu*” ve “*nefret söylemi*” kapsamına giren fiillerin, öncelikle Anayasa ve sonra TCK’nda koruma kapsamında olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Zira gerek Anayasa ve gerek ise TCK’nun, belirli karakteristik özelliklere sahip kişi ya da toplulukların, kanun önünde eşit olduklarına ve bu kişilere karşı ayrımcılık yapılamayacağına açıkça yer vermek suretiyle, “*nefret suçu*” ve “*nefret söylemi*” kapsamındaki fiilleri işleyenlerin, hukuki anlamda sorumluluklarının doğabileceği yönünde teorik bir temel hazırlamış olduğunu söylemek mümkündür.

Nitekim Anayasa’nın 10. maddesine göre, “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*”

TCK’nun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, “*Ceza Kanununun 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 konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*”

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, nefret suçunun tanınması talepleri genellikle iki şekilde kendini göstermektedir. İlki ve en yaygını, mevcut yasalarda düzenlenmiş suçlara nefret veya önyargı saikinin ağırlaştırıcı bir unsur olarak dâhil edilmesidir. İkinci ve daha az rastlanan yol ise bir suçun nefret saiki ile işlenmesi halini, bir ağırlaştırıcı sebep olarak değil ancak ayrı, bağımsız bir suç şeklinde düzenlemektedir⁸¹⁹.

Türk Ceza Kanunu bakımından bir değerlendirme yaptığımızda, ilk olarak değineceğimiz husus, nefret ya da önyargı saikinin 5237 sayılı Kanun’da her hangi bir suç tipi bakımından ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmediğidir. Şu halde, mağdura karşı, sahip olduğu bir takım özellikler veya mensup olduğu bir topluluk nedeniyle bir suçun işlenmesi, kanun koyucunun bu hususu nitelikli hal olarak öngörmemiş olması dolayısıyla, suçun temel şeklinin cezasının artırılması mümkün değildir. Şu halde, Türk Ceza Kanunu bakımından nefret saiki, herhangi bir suç tipi bakımından cezayı artıran bir nitelikli hal olarak görülmemiştir.

Bu konuda ilk somut adımın, Sosyal Değişim Derneği’nin öncülüğünde, Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu adına oluşturulan “*Hukukçular Çalışma Grubu*” tarafından

⁸¹⁹ USLU, s. 188, HAN, s. 680.

hazırlanan “Nefret Suçlarının Önlenmesi Amacıyla Türk Ceza Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı” olduğunu söylemek mümkündür⁸²⁰. Söz konusu taslak metni, 3 Aralık 2012 tarihinde “Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” başlığı altında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na sunulmuştur⁸²¹.

Söz konusu taslakta, TCK’nun 6. maddesine “nefret saiki”nin tanımının eklenmesi öngörülmekte⁸²², kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz, tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali, haksız arama, yağma, mala zarar verme, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ve halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçlarının “nefret saiki” ile işlenmesi ise, cezayı artıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmektedir⁸²³.

Belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı Kanun’da nefret kavramına, nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. maddede değinilmiştir. Buna göre, “(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

- a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,
- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
- c) Bir kişinin işe alınmasını,
- d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

122. maddenin nefret suçu kategorisinde değerlendirebileceğimiz bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Zira kanun koyucu söz konusu madde metninde, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep

⁸²⁰ <http://www.sosyaldegisim.org/belgeler/turkiye-cumhuriyeti-yasalari/nefret-suclari-yasa-taslagi/>, (Erişim Tarihi: 29.04.2016)

⁸²¹ SINAR, s. 1287.

⁸²² Madde 1- Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddesine “k” bendi eklenmiştir:

k)- Nefret saiki deyiminden, herhangi bir kişi veya grubun ya da o kişi veya gruba bağlantılı bir kişi veya grubun, kişi veya grubun ait olduğu ırk, milliyet, etnik köken, renk, dini inanç veya inançsızlık, siyasi görüş, dil, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, fiziksel veya zihinsel engellilik, sağlık durumu veya yaş nedenleriyle bu kanunda belirtilen suçlardan birine hedef olması anlaşılır. <http://www.sosyaldegisim.org/belgeler/turkiye-cumhuriyeti-yasalari/nefret-suclari-yasa-taslagi/>, (Erişim Tarihi: 29.04.2016)

⁸²³ <http://www.sosyaldegisim.org/belgeler/turkiye-cumhuriyeti-yasalari/nefret-suclari-yasa-taslagi/>, (Erişim Tarihi: 29.04.2016)

bakımından farklı özelliklere sahip bir kişinin, bu özellikleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmasını cezalandırmaktadır.

5237 sayılı Kanun kapsamında, nefret suçu olarak değerlendirilebilecek diğer suç tipleri ise, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (m. 115)⁸²⁴, hakaret (m. 125/3,b)⁸²⁵, kişisel verilerin kaydedilmesi (m. 135/2)⁸²⁶ ve ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (m. 153/3)⁸²⁷ suçları olarak ifade edilebilir.

Nefret suçu ya da söylemi kavramları bakımından, inceleme konumuzu değerlendirdiğimizde ise, 216. maddenin 1., 2. ve 3. fıkraları açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmamız gereği ortaya çıkmaktadır.

216. maddenin 1. fıkrası, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahriki düzenlemektedir. Bu düzenleme kapsamında, işlenen fiilin suç olarak değerlendirilmesi ve cezalandırılabilmesi, kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiillerin işlenmesi ve kin ve düşmanlığa tahrikin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklılık temelinde ortaya çıkmasını gerektirmektedir.

Kanun koyucunun madde metninde suç olarak ihdas ettiği husus, başlı başına kin ve düşmanlığa tahrik fiili değildir. Kin ve düşmanlığa tahrikin, ceza kanunu kapsamında tipik bir fiil olması için, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı bir kesiminin diğer bir kesimine karşı alenen tahrik edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda burada cezalandırılan husus, temelde tahrik fiili olmakla beraber, tahrik tek başına suç teşkil eden bir fiil değildir.

Bu anlamda, 216. maddenin 1. fıkrasının, bir nefret suçu değil, nefret söylemi şeklinde tezahür eden bir suç tipi olduğunu ifade etmemiz mümkündür. Zira burada kanun koyucu,

⁸²⁴ **Madde 115-** “Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.”

⁸²⁵ **Madde 125/3,b-** “Hakaret suçunun... Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir veya saklarına uygun davranmasından dolayı... işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.”

⁸²⁶ **Madde 135/2-** “Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁸²⁷ **Madde 153/3-** “Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”

doğrudan ifadenin/söylemin kendisini cezalandırmaktadır. Kin ve düşmanlığa tahrik fiili, halkın bir kesiminin belli karakteristik özellikleri hakkında bir fikrin ifadesi şeklinde ortaya çıkmakta, suçun oluşması için failin bu karakteristik özelliklerine dayanan bir önyargı/saiki bulunmakta ancak bu söylemin yanında ceza hukuku anlamında yaptırıma bağlanan bir fiilin olmasını zorunlu kılmamaktadır. Oysa nefret suçları açısından, mağdur hakkında bir önyargı/onun aidiyet duyduğu bir grubun karakteristik bazı özellikleri nedeniyle suçun işlenmiş olmasa da failin gerçekleştirdiği eylem zaten suç teşkil etmektedir.

Halkın bir kesimini aşağılama (m. 216/2) ve dini değerleri aşağılama (m. 216/3) suçları bakımından ise, bu suçların da nefret söylemi şeklinde ortaya çıktığını ifade etmemiz mümkündür. Zira burada da kanun koyucu, “*aşağılama*” fiilini başlı başına, suç teşkil eden fiil olarak düzenlemiştir. Fail burada, halkın kanun metninde öngörülen bir takım özelliklerine sahip bir kesimini ya da halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılamakla birlikte suç tipini gerçekleştirmiş olmaktadır. Kaldı ki, ileride de ifade edeceğimiz üzere aşağılama, tahkir ya da tezyiften daha hafif bir ihlali ifade etmektedir⁸²⁸. Bu anlamda, her aşağılama, tahkir ya da hakaret vasfına sahip olmayabilir. Bu anlamda, zaten “*hakaret/tahkir*” teşkil eden bir fiilin, madde metninde sayılan özelliklere duyulan nefret/önyargı ile işlenmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bu madde hükümlerinde kanun koyucu bizatihi, belli özelliklere sahip halk kesimlerinin yahut halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin aşağılanmasını suç olarak öngörmüştür.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, sırf hareket suçudur. Daha önce de belirttiğimiz üzere, sırf hareket suçları, suçun oluşması için hareketin yapılmasının gerekli ve yeterli olduğu, bunun dışında kanun koyucunun suçun oluşması için suç tipinde ayrıca bir netice aramadığı suçlardır. TCK’nun 216. maddesinde de suç teşkil eden fiil, “*kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek*” olmakla birlikte, kanun koyucu kamu güvenliğinin bozulması gibi bir netice öngörmemektedir. Diğer yandan, suçun tamamlanması için, tahrik edilenlerde psikolojik olarak kin ve nefret duygularının oluşması da aranmamaktadır⁸²⁹.

⁸²⁸ Benzer bir görüş için bkz. İNCEOĞLU AYTEKİN, s. 118.

⁸²⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 772.

TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası açısından, suçun tamamlanma anı, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin diğer kesimi aleyhine, “*kin ve düşmanlığa alenen tahrik*” edildiği andır. Aleniyet bahsinde belirttiğimiz üzere, aleniyetten anlaşılması gereken fiilin algılanabilme imkânı olup, fiilen somut olayda algılamamanın gerçekleşmiş olması gerekmemektedir. Önemli olan husus, fiilin işlendiği sırada, belirsiz sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânı değil, bu fiile iştirak etmeyen kişilerin, suç teşkil eden fiili algılayabilecek alan içinde bulunmaları ve icra edilen fiilin o ortamda bulunan kalabalık tarafından algılanmış ya da eğer dikkatlerini bu yöne yoğunlaştırmış olsalardı algılayacak olmalarıdır. Bu anlamda kanaatimiz, suçun, tahrik edilenlerin tahrik fiilini, belirsiz sayıdaki kimselerin bulunduğu yerde işlediği anda oluştuğudur.

Basılmış eserler yoluyla suçun işlenmesi halinde ise, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre, basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında olduğundan, suç, basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması ile oluşacaktır.

Diğer bir husus, suç tipinde, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” halinin, suçun maddi unsuru olan netice değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak öngörölmüş olmasıdır.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçların teşebbüse müsait olup olmadığı hususunda çeşitli görüşlerin bulunduğunu daha önce ayrıntılı bir şekilde ifade ettiğimizden, burada tekrar etmek istemiyoruz. Kanaatimizce, somut olayın çeşitli ihtimaller üzerinden değerlendirilmesi ve buna göre karar verilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda birinci ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç tüm unsurları ile gerçekleşmiş, buna karşılık objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, teşebbüsün söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz; ikinci ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, failin cezai sorumluluğu belirlenirken teşebbüs hükümlerinin dikkate alınması gerekir; üçüncü ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış, aynı zamanda objektif cezalandırılabilme şartı da gerçekleşmemişse, teşebbüsün söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz; dördüncü ihtimalde ise, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç hem tüm unsurları ile gerçekleşmiş, hem de objektif

cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, teşebbüsün söz konusu olmaz ve fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılır⁸³⁰.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, 216. maddenin 1. fıkrası açısından, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunun icra hareketlerinin kısımlara bölünebilen nitelikte olup yarıda kalması halinde suç, teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bu anlamda, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartı, suçun teşebbüs aşamasında kalma özelliğini değil, failin cezalandırılabilmesini etkileyecektir.

Değinmek istediğimiz bir diğer husus, işlenemez suç hükümlerinin de inceleme konumuz bakımından özellik arz edebileceğidir. Nitekim bozuk bir radyo veya televizyon istasyonundan muhatapların duyamayacağı yahut anlayamayacağı sözlerin sarf edilmesi durumunda⁸³¹ vasıtada mutlak bir imkânsızlık söz konusudur.

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması ise söz konusu olmayacaktır. Zira bu suç tipi bakımından kanun koyucu, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğine dair bir düzenleme yapmamıştır. Ancak failin pişmanlık gösteren davranışları TCK’nun 61. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir. Suç bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması ise, mümkündür.

B. İştirak

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından iştirak halinde de işlenebilir. Bu anlamda suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez⁸³².

Suçun yaptırımına ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda daha ayrıntılı bir şekilde değindiğimiz üzere, halkı kin ve düşmanlığa tahrikin, basılmış eser, radyo, televizyon ya da internet aracılığıyla işlenmesi halinde, fail yanında bazı kimselerin de cezai sorumluluklarının kabul edildiğini ifade etmek mümkündür.

Nitekim suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde 5187 sayılı Kanun, eser sahibi dışında sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin yedek ve ikincil nitelikteki sorumluluğunu kabul etmiştir. Suçun radyo veya televizyon yoluyla işlenmesi halinde ise,

⁸³⁰ ARTUK/ALŞAHİN, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, s.21

⁸³¹ BAYRAKTAR, s. 188, GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 300.

⁸³² GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 302.

sorumluluk, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Böylece 6112 sayılı Kanun'un birlikte sorumluluk esasını benimsemiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Suçun internet aracılığıyla işlenmesi halinde ise, esas sorumluluk içerik sağlayıcısının olmakla birlikte, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların da iştirak kurallarının uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, ceza sorumluluklarının olduğunu belirtmek gerekmektedir⁸³³.

C. İctima

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin ictima olasılıklarından bahsetmeden önce çözüme kavuşturulması gereken husus, bahsi geçen üç fıkranın ayrı ayrı suçlar mı yoksa halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun seçimlik hareketleri olarak mı değerlendirileceğidir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, ilk fıkra, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahriki, ikinci fıkra halkın bir kesiminin alenen aşağılanması, üçüncü fıkra ise, dini değerlerin alenen aşağılanması fiillerini düzenlemiştir. Her üç fıkra ile korunmak istenen hukuki değer, “*kamu barışı*” ortak paydasında birleşse de birinci fıkroda, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesiminin, zarara uğrama tehlikesi ortaya çıkan hayat ya da vücut dokunulmazlığı, mal varlığı değerleri, ikinci fıkroda, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesiminin insan onur ve şerefine, üçüncü fıkroda ise, halkın bir kesiminin din özgürlüklerinin korunmak istendiği de ifade edilebilir. Bu anlamda, korunan hukuki değer bakımından, kamu barışı dışında, her üç fıkranın da ayrık değerlere yöneldiği söylenebilir.

Bir diğer husus, suç tipinin üç ayrı fıkra halinde ve farklı cezalara karşılık gelecek şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Seçimlik hareketli suçlarda kanun koyucu, birden fazla birbirinden bağımsız hareket öngörmekte ve suçun oluşması için, bu hareketlerden yalnızca birinin yapılmasını yeterli görmektedir. Böylece, madde metninde gösterilen hareketlerin tümü yapılırsa dahi, tek bir suçun işlenmiş olduğu kabul edilmektedir. Kanun koyucu, her hareketin ayrı bir suç teşkil etmesini istediği hallerde ise, bu hareketleri ayrı ayrı göstermekte ve her biri için müstakil olarak ceza tayin etmektedir⁸³⁴.

⁸³³ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 287, 434, 501, 502., Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 262 vd.

⁸³⁴ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 15, 16.

TCK'nun 216. maddesi bakımından, kanun koyucunun, suç teşkil eden fiilleri, “*halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*” başlığı altında, cezaları, korunan hukuki değerleri ve suçun unsurları bakımından da farklılık arz edecek şekilde ayrı ayrı üç fıkra şeklinde düzenlemiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle, üç fıkranın, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun seçimlik hareketleri olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Her bir fıkra, ayrı suç olarak değerlendirilmelidir.

Bu tür bir ayırımın önemi, kendini, içtima açısından göstermektedir. Eğer, 216. maddede düzenlenen her bir fıkrayı suçun seçimlik hareketi olarak kabul edersek, somut olayda tek bir fiil ile hem kin ve düşmanlığa alenen tahrik, hem halkın bir kesiminin ve hem de halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması fiilleri işlendiğinde tek bir suçun varlığını kabul etmemiz gerekecek ancak TCK'nun 61 maddesi kapsamında ceza, yukarı haddten tayin edilecektir. Kanaatimiz, her bir fıkranın suçun seçimlik hareketi değil, ayrı birer suç olduğu yönünde olduğundan, tek bir fiil ile üç fıkra da yer alan suçların işlenmesi halinde, TCK'nun 44. maddesi gereğince farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekeceğidir. Bu durumda fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Suçun müteselsilen işlenmesi de mümkündür. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye (halkın bir kesimi) karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, TCK'nun 43. maddesi gereğince bir cezaya hükmedilecek ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilir. Burada yer alan “*bir kişiye*” ibaresi, inceleme konumuz bakımından halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimdir. Ancak, yine Kanun'un 43. maddesi gereğince mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanabileceğinden, zincirleme suç hükümlerinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından uygulanmasına engel oluşturabilecek herhangi bir durum söz konusu değildir.

Kin ve düşmanlığa tahrikin, halkın sosyal sınıf, din, ırk, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimine karşı suç işlenmesi yönünde tahrikte bulunulması şeklinde işlenmesi halinde ise, bu husus da “*kin ve düşmanlığa tahrik*” kapsamında değerlendirilebileceğinden, 216. maddenin 1. fıkrasının uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu anlamda, TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasının, 214. maddesinde düzenlenen “*Suç İşlemeye Tahrik*” suçuna göre daha özel nitelikli bir suç tipi olduğunu ifade etmek mümkündür.

Diğer yandan kanaatimizce TCK'nun 122. maddesinde suç olarak belirlenmiş fiillerin işlenmesi hususunda tahrikte bulunulması halinde de TCK'nun 216. maddesi hükümleri uygulanabilecektir. Bu kapsamda failin, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ya da bölge bakımından farklı bir kesimini, sahip oldukları bu özellikleri nedeniyle diğer bir kesimine karşı, kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmalarının, işe alınmalarının ve olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmalarının engellenmesi hususunda tahrikte bulunması halinde, diğer koşulları da olmak suretiyle, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu oluşacaktır. Ancak, söz konusu fiillerin, TCK'nun 122. maddesinde belirtilen özelliklere sahip bir kimseye karşı gerçekleştirilmesi hususunda tahriki içermesi halinde, diğer koşulları da oluşmuşsa, nefret ve ayrımcılık suçuna azmettirme söz konusu olacaktır.

VIII. SUÇUN YAPTIRIMI, SORUŞTURMA USULÜ ve YETKİLİ MAHKEME

A. Yaptırım

TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasına göre, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

Suçun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, TCK'nun 218. maddesine göre verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır.

Yargılama neticesinde, bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde, hükmedilen hapis cezası kısa süreli hapis cezası olacağından, söz konusu hapis cezasının TCK'nun 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün olabilecektir. Diğer yandan, hükmedilen hapis cezası, iki yıl veya daha az süreliyse, TCK'nun 51. maddesindeki koşulların sağlanmasına bağlı olarak, hapis cezasının ertelenmesi de söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, 51. maddenin 2. fıkrasına göre, cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki halde getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde ise, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

Failin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan dolayı mahkûm olması halinde ise, TCK'nun 53. maddesinin 1. fıkrası gereğince, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya

kadar, hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri uygulanacaktır⁸³⁵.

İnceleme konumuza ilişkin suç tipinin cezalandırılması, objektif cezalandırılabilme şartına bağlanmış olduğundan, icra hareketlerinin tamamlanması ve fakat objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde fail cezalandırılmayacaktır. Bu olasılıkta, sanık hakkında hangi kararın verileceği 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinde belirtilmemiş olmakla beraber, kanaatimizce “ceza verilmesine yer olmadığına” hükmedilmesi gerekecektir.

Suçun yazılı basın yoluyla işlenmesi halinde, 5187 sayılı “Basın Kanunu” hükümleri gereğince eser sahibi dışındaki kişilerin sorumlulukları da gündeme gelebilmektedir. Nitekim 5187 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre, “Sürekli yayınlarda 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 hallerinde, 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 halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda 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 hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.”

Suçun radyo veya televizyon yoluyla işlenmesi halinde, 6112 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun”un 46. maddesine göre,

⁸³⁵ Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi’nin kararı ile TCK’nun 53. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;...” bölümü, aynı fıkranın (b) bendinde yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden, yine aynı fıkrada yer alan “...hapis cezasına...” ibaresi ise (b) bendinde yer alan “Seçme ve...” ibaresi yönünden, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “...ve diğer siyasi hakları kullanmaktan” ibaresi ile aynı maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın (b) bendinde yer alan “Seçme ve seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden, dördüncü fıkrada yer alan bu fıkrada yer alan “Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya...” ibaresi, aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden iptal edilmiştir. **Any. Mah., 2014/140 E., 2015/85 K., 8/10/2015**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/11/20151124-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.09.2016).

“Yayından doğan sorumluluk yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Bu hüküm yayın kuruluşunun bu Kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

Ancak, şirketi idare ve temsile yetkili kişiler, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermişlerse, bu durumda sorumluluk yayına karar veren söz konusu kişilere geçer.”

Böylece, 6112 sayılı Kanun’un suçlar ve haksız fiiller bakımından, birlikte sorumluluk esasını benimsemiş olduğunu ifade etmek mümkündür⁸³⁶.

Suçun internet aracılığıyla işlenmesi halinde ise, içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıları hakkında, 5651 sayılı *“İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”*’un ilgili hükümleri uygulanacaktır. Ancak burada önem arz eden husus, 5651 sayılı Kanun’un, 5187 sayılı Basın Kanunundan farklı bir şekilde, bir özel ceza kanunu özelliği taşımamasıdır. 5651 sayılı Kanun, verdiği tanımlar ve yaptığı açıklamalar ile ceza sorumluluğunun saptanmasında başvurulması gereken yardımcı bir yasal kaynak olup, daha çok *“internet kabahatleri yasası”* niteliğiyle birlikte özel bir *“kitle iletişim kanunu”* hüviyeti de taşımaktadır⁸³⁷.

5651 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre, *“İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.*

İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.”

Kanun’un 2. maddesinin f bendi uyarınca içerik sağlayıcının *“internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri”* ifade ettiğinden yola çıkılarak, Basın Kanunu kapsamında *“eser sahibi”* ile internet hukuku kapsamında *“içerik sağlayıcı”*’nın aynı nitelik ve özelliklere sahip olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, gerçek kişi içerik sağlayıcıların, kendi eylemlerine bağlı olarak suç oluşturan içerik nedeniyle ceza sorumluluklarının olması, ceza hukuku ilkelerine uygunluk gösterir. Kanun’un 4. maddesinin 2. fıkrası bakımından ise,

⁸³⁶ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 434.

⁸³⁷ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 499.

içerik sağlayıcının, iştirak kurallarını göz önünde bulundurmak suretiyle ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir⁸³⁸.

5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, *“Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.*

Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür.”

Kanun'un 2. maddesinin m bendi uyarınca yer sağlayıcı, *“hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri”* ifade etmektedir.

Bu kapsamda, suç ya da hukuka aykırılık teşkil eden içerik bakımından, yer sağlayıcıların ceza sorumluluğunun olmadığını söylemek mümkündür. Ancak bu kişilerin, içerik sağlayanlarla birlikte hareket ettiklerinin saptandığı ve iştirak kurallarının uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, ceza sorumluluklarının olacağı açıktır⁸³⁹.

5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.”* Aynı Kanun'un 2. maddesinin e bendine göre erişim sağlayıcı, *“kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri”* ifade etmektedir. Bu kapsamda erişim sağlayıcıların da ilke olarak ceza sorumluluklarının bulunmadığını ifade etmek mümkündür⁸⁴⁰.

Son olarak, 5651 sayılı Kanun, toplu kullanım sağlayıcıları bakımından da çeşitli hükümlere yer vermiştir. Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.”* Aynı Kanun'un 2. maddesinin i bendine göre toplu kullanım sağlayıcı, *“kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayanı”* ifade etmektedir.

⁸³⁸ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 500.

⁸³⁹ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 501, 502.

⁸⁴⁰ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 503.

Bu kapsamda toplu kullanım sağlayıcının ceza sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, suç içerikli yayın bağlamında bu kişi açısından iştirak koşullarının oluştuğunun kanıtlanması gerekmektedir⁸⁴¹.

B. Soruşturma Usulü ve Yetkili Mahkeme

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun failinin kamu görevlisi olmaması yahut kamu görevlisi olmakla birlikte, suçun göreviyle ilgili olmaması halinde soruşturulması ve kovuşturulması, 5271 sayılı CMK hükümlerine göre resen yapılır. Ancak suçun, görevi sebebiyle bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde soruşturma, 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” hükümleri gereğince yürütülecektir⁸⁴².

Suçun resen kovuşturulan bir suç olması nedeniyle, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira 5271 sayılı CMK’nun 171. maddesine göre, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, işlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi olmasına bağlıdır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun dava zamanaşımı, TCK’nun 66. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre sekiz yıl, ceza zamanaşımı ise, 68. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre on yıldır.

Diğer yandan, basılmış eserler yoluyla işlenen suçlarda, 5187 sayılı Kanun’un 26. maddesinde çeşitli dava süreleri öngörülmüştür. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde, söz konusu dava süreleri göz önünde bulundurulacaktır. Buna göre, “*Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur*”⁸⁴³.

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

⁸⁴¹ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 504.

⁸⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 773.

⁸⁴³ Söz konusu düzenleme öncesinde Basın Kanunu, günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört aylık bir süre öngörmüştü. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin, günlük süreli yayınlar yönünden öngördüğü iki aylık süreyi iptal etmesiyle kanun koyucu, bu süreleri dört ve altı ay olarak belirlemiştir. Karar için bkz. **Any. Mah. 2009/66 E., 2011/72 K., 28.04.2011**, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110706-22.htm>, (Erişim Tarihi: 04.10.2016).

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.*⁸⁴⁴

Söz konusu süreler geçmiş olmasına rağmen kamu davasının açılmış olması halinde, 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin 8. fıkrasına göre, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmemesi nedeniyle düşme kararı verilir.

Suçu bakmakla görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun'a göre, asliye ceza mahkemeleridir. Suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde de 5187 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre dava, asliye ceza mahkemelerinde görülür.

Yer yönünden yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yani, tahrik niteliğindeki fiillerin işlendiği yer mahkemesidir (CMK m.12/1). Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/3). Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/5).

⁸⁴⁴ Yarg. 7. C. D., 2005/16795 E., 2008/16815 K., 17.07.2008, Yarg. 12. C. D., 2015/2164 E., 2015/15334 K., 14.10.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016), Belirtmek gerekir ki, dava süreleri, nitelik itibarıyla zamanaşımı kurumundan farklı olup, hak düşürücü sürelerdir. Bu nedenle, TCK'nda zamanaşımında olduğu gibi, dava süreleri bakımından durma yahut kesilme söz konusu olmaz. Ancak, 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinin son fıkrasına göre, kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez. İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 303.

İKİNCİ BÖLÜM

HALKIN BİR KESİMİNİ ve DİNİ DEĞERLERİ ALENEN AŞAĞILAMA SUÇLARI

S.1. HALKIN BİR KESİMİNİ ALENEN AŞAĞILAMA SUÇU (TCK m. 216/2)

I. SUÇ TİPİNİN TARİHİ GELİŞİMİ ve GENEL AÇIKLAMALAR

Halkın bir kesimini aşağılama suçu, 5237 sayılı TCK'nun “Özel Hükümler” kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde ve “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama” başlıklı 216. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

Halkın bir kesimini aşağılama suçuna ilk defa, 2001 tarihli TCK tasarısının 294/3. maddesinin 4744 sayılı Kanun'un 2. maddesinin aynen kabul edilip, 765 sayılı TCK'na eklenmesiyle yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir”⁸⁴⁵.

5237 sayılı TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında ise suç, “Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Böylece, söz konusu suç tipinin ilk hali bakımından, suç teşkil eden fiilin “aşağılamak” değil, “aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir etmek” olduğunu ifade etmek mümkündür. 5237 sayılı TCK bakımından ise, “tahkir etmek” fiili yerine “aşağılamak” fiili tercih edilmiştir. Diğer yandan, 312. maddedeki düzenleme, halkın bir kesimi bakımından, herhangi bir sınırlamaya yer vermemiş olmasına rağmen, 216. maddede, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması suç olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda suçun ilk düzenlenme şeklinde, “aleniyet”in suçun bir unsuru olarak yer almadığını da ifade etmek mümkündür.

5237 sayılı Kanun, halkın bir kesiminin aşağılanması suçu bakımından, işlenen fiilin tipik sayılabilmesi için, alenen aşağılamanın, madde kapsamında tahdidi olarak sayılan özelliklere sahip halk kesimlerine yönelmiş olmasını aramaktadır. Bir başka ifadeyle, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet ya da bölge farklılığı gözetilmeden farklı düşüncelere, ideolojilere, engellilik gibi bir takım fiziksel özelliklere yahut farklı cinsel yönelimlere mensup halk kesimlerinin aşağılanması inceleme konusu suç tipini

⁸⁴⁵ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3), s. 209.

oluşturmaz. Aksi bir yorum şekli, TCK'nun 2. maddesinde düzenleme alanı bulan *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* hükmüne aykırılık teşkil eder.

Suçun tipik olması aynı zamanda alenen aşağılamanın, din farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı dinlere mensup, ırk farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı ırklara mensup, sınıf farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı sınıflara mensup, mezhep farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı mezheplere mensup, cinsiyet farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı cinsiyetlere mensup ve bölge farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından ise, farklı bölgelere mensup halk kesimlerine yönelmiş olması gerekir. Bu anlamda örneğin, çalışan bir kadının çalışmayan kadınları, çok dindar olan bir kimsenin daha az dindar olanları yahut herhangi bir dine inanmayan bir kimsenin belli bir dine inanan halk kesimlerini veya tam tersi bir dine inanan kimsenin, herhangi bir dine inanmayan halk kesimlerini aşağılaması halinde, fiilin tipik olduğundan söz edilemeyecektir. Zira madde metninde kanun koyucu, halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından aşağılanmasını değil, bu özellikler farklılığına dayanarak aşağılanmasını aramıştır. Bu kapsamda fail ile mağdurun, madde metni kapsamında sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bulunması zaruridir.

Bir diğer husus, aşağılama fiilinin yöneldiği grubun, bir halk kesimi olması gerektiğidir. Eğer alenen aşağılama, madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimlerinden birine mensup, muayyen bir kimseye karşı işleniyorsa, fiil yine tipik olmayacaktır. Bu ihtimalde, diğer koşulları da oluşmuşsa hakaret suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Suçun oluşması bakımından bir diğer husus, aşağılama fiilinin aleni olarak gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Zira kanun koyucu aleniyeti bu suçta, suçun unsuru olarak öngörmüştür. Bu kapsamda madde metninde suç teşkil eden fiil, *“aşağılama”* değil, *“alenen aşağılama”* olarak belirlenmiştir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçu ile korunmak istenen hukuki değerın çift yönlü olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim bu suç ile bir yandan kamu barışı diğer

yandan ise, aşağılamaya maruz kalan halk kesimi ve üyelerinin onurları korunmak istenmektedir.

Suç ile korunmak istenen hukuki değerlerden biri kamu barışıdır zira aşağılama fiilinin mağduru olduğu grubun duyduğu korku, endişe veyahut öfke, onları, faillerin dâhil olduklarını düşündükleri gruba yöneltmek suretiyle, kamusal bir zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bu kamusal zarar ise, salt hedef alınan grubun güvenliğinin ya da mülklerinin ihlal edilmesi şeklinde değil, aynı zamanda heterojen bir toplumda ırk, din veya diğer özellikler temelinde, barışın ve vatandaşlar arasındaki eşitlik inancının da ihlal edilmesi şeklinde ortaya çıkar. Böylece, toplum yaşantısı içerisinde, bir taraf seçme şeklinde gerçekleşen kutuplaşmalar da söz konusu olur⁸⁴⁶. Bu anlamda, halk içindeki muhtelif grupları aşağılayıcı nitelikteki eylemler, aşağılanan halk kesimi ile diğer halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık duygularının yeşermesine ve ileride şiddet (suç) eylemlerine dönüşerek sosyal düzenin derinden bozulmasına zemin hazırlar⁸⁴⁷.

Halkın bir kesimini aşağılama suçu ile diğer yandan da madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimini oluşturan kişilerin insan onuru korunmak istenmektedir. Nefret suçlarına ilişkin yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, aşağılama fiilinin hedefi olan halk kesiminin mağdur olmasını sağlayan karakteristik özelliklerinin değişmesinin mümkün olmaması sebebiyle, gelecekte gerçekleşebilecek saldırı riskinin minimize edilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle bu halk kesimi, tekrar saldırıya uğrama tehlikesi altındadır. Bununla birlikte bu suçun mağdurları, kişi bağımsızlıklarının zedelenmesi yanında kendilerine yönelik her an bir saldırı gerçekleşebileceği tehdidi ve korkusu altında yaşarlar. Bu ise, şiddetten ve dışlanmadan korunma temel hakkının ihlali ile sonuçlanır. Bu anlamda, aşağılama teşkil eden eylemler, söz konusu kesim üzerinde

⁸⁴⁶ **LAWRENCE, Frederick, M.**, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, Michigan Law Review, Vol. 93, No. 2, Nov., 1994, s. 343, 345, 346, 347, 367., **PERRY, Barbara, BELL, James G.**, Outside Looking In: The Community Impacts of Anti-Lesbian, Gay, and Bisexual Hate Crime, Journal of Homosexuality, 62:98–120, 2015, 103, **LAWRENCE, Frederick, M.**, Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, Notre Law Review, Vol. 68, Iss. 4, April, 2014, s. 698, **TOURKOKHORİTİ, Ioanna**, Should Hate Speech Be Protected? Group Defamation, Party Bans, Holocaust Denial And The Divide Between (France) Europe And The United States, Columbia Human Rights Review, Vol. 45, No. 2, 2014, s. 584, 596, **WALDRON, Jeremy**, Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, Harvard Law Review, Vol 123, s. 1614, **MORGAN, Glyn**, Mill's Liberalism, Security, and Group Defamation, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088405 (Erişim Tarihi: 14.05.2015), s. 8, 9, **SIMPSON, Robert, Mark**, Dignity, Harm and Hate Speech, Law and Philosophy, Vo. 32, Iss. 6, 2013, s. 707, **BUYSE, ANTOINE**, Word of Violence: "Fear Speech", or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, Human Rights Quarterly, Vol. 36, No. 4, November 2014, s. 781, 782.

⁸⁴⁷ **ZAFER**, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 220., Kamu barışına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 15 vd.

toplumsal eşitlik, sosyal saygınlık, anayasal haklar ve insan hakları temelinde insan onuruna saldırı oluşturmaktadır. Zira aşağılama niteliğindeki eylemler, hem söz konusu halk kesiminin kendisine karşı beslediği iyi duyguyu veyahut özsaygıyı hem de bu kesimin toplum içindeki itibarı, saygınlığı bir başka ifadeyle diğer kişi ya da kesimlerin verdikleri değer ve saygıyı ihlal edici nitelikteki davranışları ihtiva eder.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fiil

a. Genel Açıklamalar

TCK'nun 216. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, suç teşkil eden fiil “*aşağılamak*” olarak ifade edilmiştir. Ancak suç tiplerine özelliğini veren husus, halkın bir kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak ya da belli bir kesimin benimsediği dini değerlerin “*alenen*” aşağılanmasıdır.

Şeref ve haysiyetin korunmasına ilişkin TCK'nunda çeşitli hükümler yer almaktadır. Ancak söz konusu hükümler incelendiğinde, bazı suç tiplerinin salt insan onuruna diğer bazı suç tiplerinin ise, insan onurunun dışında bazı manevi değerlere saldırı teşkil eden fiilleri cezalandırdığını ifade etmek mümkündür. Buna göre doktrinde, salt insan şeref/onuruna yönelik saldırıları yaptırım altına alan suçların “*genel tahkir suçları*”, bunun dışındaki bazı manevi değerlere yönelik saldırıları yaptırım altına alan suçların ise “*özel tahkir suçları*” olarak adlandırıldığını ifade etmemiz gerekmektedir. Genel tahkir suçları ise, 765 sayılı TCK döneminde hakaret ve sövme suçları olarak ikiye ayrılmıştır⁸⁴⁸. 5237 sayılı TCK bakımından ise, genel tahkir suçunun 125. madde kapsamında düzenlenen “*Hakaret*” suçu olduğunu ifade etmemiz yanlış olmayacaktır.

Şu halde, doktrinde, insan şerefini ihlal eden, sosyal itibarını zedeleyen tahkir suçları genel tahkir suçları, anayasal kuruluşlar, kutsal varlıklar gibi değerleri tahkir suçları ise özel tahkir suçları olarak sınıflandırılmıştır. Bu ayrıma göre, “*halkın bir kesimini aşağılama*” ve “*dini değerleri aşağılama*” suçlarının özel nitelikte tahkir suçları olduğunu söylemek mümkündür⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ **ERMAN, Sahir**, Hakaret ve Sövme Cürümleri, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950, s.3

⁸⁴⁹ **ZAFER**, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 1, 2

Suç tiplerinin neden genel tahkir suçu olarak değerlendirilemeyeceği hususu oldukça açıktır. Zira 216. maddenin 2. ve 3. fıkraları, salt madde metninde belirtilen halk kesiminin şerefine/onurunun korunmasına yönelik suç tipleri değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, burada kanun koyucu, halkın bir kesiminin madde metninde belirtilen özellikleri nedeniyle yahut halkın belli bir kesiminin benimsediği dini değerlerin aşağılanması suretiyle halk kesimleri arasında kin ve düşmanlığın oluşmasını ve oluşan bu duyguların şiddete dönüşmesini engellemek suretiyle kamu barışının sağlanmasını amaçlamaktadır. Özel tahkir suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda ise, belirttiğimiz gibi özel tahkir suçları, insan şeref/onuruna yönelik saldırılar dışındaki manevi değerlere yönelik saldırıları yaptırım altına alan suçlardır. Bu manevi değerler ise, bazı anayasal kurum ya da organların kendi somut varlığından soyutlanmış ve genel olarak saygı duyulan manevi otoritesinin devamlılığının ve bu otoriteye itaatin sağlanması gerekliliği düşüncesinden⁸⁵⁰ veya bazı kişilerin şahıslarının genel olarak kutsal kabul edilmesinden, din, ölü, ulus, bayrak gibi semboller ya da manevi değerlerden kaynaklanmaktadır⁸⁵¹. Bu nedenle 216. maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen suç tiplerini özel tahkir suçu olarak kabul etmek mümkündür.

Söz konusu maddelerde kanun koyucu “*alenen aşağılama*” fiilinin suç teşkil etmesi bakımından, sınırlı bir kesimi işaret etmektedir. Zira suçun oluşması bakımından halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanan yahut bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılanması gerekmektedir. Böylece, aşağılamayı oluşturan fiilin, belirli bir kişiyi veya bir heyeti değil, halkın bir kesimi olarak nitelendirilebilecek bir gruba yönelmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde eylem bu suç değil, koşulları oluşmuşsa, iftira veya hakaret suçunu teşkil edecektir⁸⁵².

Aşağıda değineceğimiz üzere, madde kapsamında yer verilen “*aşağılama*” fiili, tahkir etme anlamında kullanılmakta olup, hakaret etme, onur kırma niteliğindeki fiilleri kapsamaktadır. Bu fiillerin, davranış, işaret, takınılan tavır, yazı, işaret, karikatür ve resim gibi araçlar kullanılarak ya da olgu isnadı şeklinde yapılması da mümkün olup, önemli

⁸⁵⁰ KOCA, Mahmut, Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi Üzerine Bir İnceleme II, Prof Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, s. 582, 587

⁸⁵¹ SANCAR YALÇIN, Türkan. Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/1 - Yeni TCK m. 301/1 - 2), Seçkin yayınevi, Ankara, 2006, s. 157, 158

⁸⁵² ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 11

olan, TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen farklı özelliklere sahip halkın bir kesiminin bu farklılıklara dayanarak ya da bir kesimin benimsediği dini değerlerin aşağılanmasıdır⁸⁵³. Bu anlamda 216. maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen suçların, serbest hareketli suçlar olduğunu ifade etmek mümkündür. Diğer yandan suçun, icrai, ani ve tek hareketli suçlar kapsamında değerlendirilebileceğini söylememiz mümkündür.

Son olarak, maddeler kapsamında kanun koyucunun salt “aşağılama”yı değil, “alenen aşağılama”yı suç olarak öngörmüştür. Bu anlamda, aleniyet hususunda yaptığımız açıklamalar kapsamında belirttiğimiz üzere, halkın bir kesimini ve dini değerleri aşağılama suçlarının oluşabilmesi için, aşağılama niteliğindeki fiillerin alenen işlenmesi bir başka ifadeyle, suç teşkil eden fiilin, yerin niteliği önem arz etmeksizin, belirsiz sayıda birçok kimse tarafından algılanması gerekmektedir. Bu anlamda, aleniyet, aşağılama fiilinin işleniş şekli olup, suçun maddi unsuru olan fiil, “alenen aşağılama”dır.

b. Aşağılama Kavramı

Aşağılama terimine ilk defa, 2001 tarihli TCK tasarısının 294/3. maddesinin 4744 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle aynen kabul edilip 765 sayılı TCK'na eklenmesinde rastlanmaktadır. 4744 sayılı Kanun ile 312. maddede yapılan değişiklikle, “*Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece, söz konusu suç tipinin ilk hali bakımından, suç teşkil eden fiilin “aşağılamak” değil, aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde “tahkir etmek” olduğunu ifade etmek mümkündür. 5237 sayılı TCK bakımından ise, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, “tahkir etmek” fiili yerine “aşağılamak” fiili tercih edilmiştir⁸⁵⁴. Bu nedenle, aşağılamak, tahkir etmek ve tezyif etmek gibi kavramlara açıklık getirmenin gereği ortaya çıkmaktadır.

Tahkir sözlükte, aşağılama, onur kırma, onuruna dokunma, tezyif, bir şeyi değersiz, adi, bayağı, aşağılık göstermeye çalışma, küçültmek isteme, alay etme, eğlenme şeklinde tanımlanmıştır⁸⁵⁵. Aşağılamak ise, değerinden düşük göstermek, küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek olarak tanımlanmıştır⁸⁵⁶.

⁸⁵³ CENTEL/ZEFER/ ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 229, KORKUT, Levent, İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi, ABD, Yıl: 65, Sayı: 1, 2007, s. 31.

⁸⁵⁴ 19.2.2002 tarihli ve 24676 numaralı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr/.

⁸⁵⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

⁸⁵⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

Doktrinde ise tahkir, aşağılamak, aşağı görmek anlamında kullanılmış, tezyif ise, küçültmek, tezyifin yöneldiği kişi ya da şeye karşı saygıda eksiklik göstermek olarak yorumlanmıştır. Tezyifin tahkiri de ihtiva etmekle birlikte, tahkire oranla daha ağır ve yoğun bir özellik arz ettiği ifade edilmiştir⁸⁵⁷.

Tezyif teriminin, bayağı, adi, küçük düşürücü, mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici, yani hakir gören tahkirleri ifade ettiğini ve bu anlamda tezyif kavramının, tahkir kavramından nicelik ve ağırlık bakımından çok daha ağır olduğu da belirtilmiştir⁸⁵⁸.

Bir başka görüşe göre tahkir, hakaret etmeyi, hor görmeyi, küçük düşürmeyi, onur kırmayı, aşağılamayı, gurur kırıcı davranış ve hareketlerde bulunmayı ifade etmektedir⁸⁵⁹.

Tahkirin aşağılamak ile aynı anlama geldiği de ifade edilmiştir. Buna göre aşağılamak, tahkir etmek, değerinden düşük göstermek, küçültücü davranışlarda bulunmak ve hor görmek olarak tanımlanmış, tahkir ve tezyifi de kapsadığı ifade edilmiştir⁸⁶⁰.

Tahkir ve tezyif konusundaki görüşleri özetleyecek olursak, sözcüklerin ceza hukuku terminolojisindeki anlamları bakımından temelde üç görüşün olduğunu ifade etmek mümkündür. Bir kısım yazar, tahkir ve tezyif kavramlarının özel bir anlam ifade etmediği, hakaret ile aynı olduğu görüşünü savunurken bir kısım yazar ise, tahkir ve tezyif kavramlarının hakareten daha ağır bir anlam taşıdığını savunmakta hatta tezyifin de tahkirden farklı bir anlama geldiği görüşündedirler. Bu yazarlara göre, tezyif, tahkirden daha ağır bir saldırıyı ifade etmekte ve tahkire göre çok daha haysiyet kırıcı bir anlama gelmektedir. Saldırının ağırlığından ziyade saldırının hedefini göz önünde bulunduran diğer bir kısım yazar ise, tahkir ve tezyifin kişilerden bağımsız olarak, toplumda din, din adamları, dini eşyalar, bayrak, kabir, ölü, ulus gibi kutsal sayılan semboller bakımından belli bir saygınlığı olan kişiler üstü kurumlara yönelik ihlalleri kapsadığını ifade etmektedir⁸⁶¹. Böylece bu yazarlar, hakaretin kişilere yönelik saldırıları ihtiva ettiğinden,

⁸⁵⁷ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 27

⁸⁵⁸ ERMAN, Sahir, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu, İBD 1951 ,C.XXV, s. 281, YURTCAN, Erdener, Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine: İktidarı Tahkir ve Tezyifin TCK. 159. Maddeye Aykırılığı Sorunu, İÜHFİM, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Cilt 42, Sayı 1-4, 1976, s. 731

⁸⁵⁹ ZAFER, Hamide, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/4075>, (Erişim Tarihi: 07.11.2013), s. 11

⁸⁶⁰ ŞEN, Ersan, Türk Ceza Kanunu m. 301, CHD, Yıl: 2, Sayı: 1, Nisan 2007, Seçkin Yayınevi, s. 14, 15

⁸⁶¹ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, tahkir ve tezyif kastını, yasanın anılan kurumlara sağlamak istediği saygıyla çelişen, bu kurumları koruyup kollama niyetini zedeleyip alçaltmayı hedefleyen amaçla hareket edilmesi olarak tanımlamıştır. Bkz. YCGK, 11.07.2006, 2006/9-169 E., 2006/184 K., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016),

tahkir ve tezyifin ise bir düşünceyi zarara uğratma ihtimalinden hareketle kavramlara açıklık getirmeye çalışmaktadır⁸⁶².

Aşağılama kavramına, 5237 sayılı TCK'nun 216. (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama), 300. (Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama) ve 301. (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama) maddelerinde yer verilmiş olup, "aşağılama", bu maddelerdeki şartların oluşmasıyla, cezalandırılır bir fiili halini almaktadır. Ayrıca işkence suçunun düzenlendiği 94. maddede de aşağılama kavramına yer verilmiştir.

Konuyla ilgili bir açıklamaya TCK'nun 301. maddesinin gerekçesinde rastlanmaktadır. Gerekçede belirtildiğine göre aşağılamak, "suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan ibarettir." 5759 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesine göre ise aşağılama, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "tahkir ve tezyif" kavramı karşılığında kullanılmıştır. Hakaret ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen bir suç olduğu için, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çeşitli suç tanımlarında kurum ve kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramına yer verilmiştir. Zayıf düşürmek anlamına gelen "tezyif" sözcüğüne suç tanımında ayrıca yer verilmemiştir⁸⁶³.

"...Ancak, bugüne kadar sanık ve arkadaşları hakkında işlem yapılmayışının sebebi, ordunun sahip olduğu ve gerektiğinde kendi milletine karşı kullanmaktan çekinmediği silah gücünün toplum üzerinde yarattığı korkudan başka bir şey değildir. Halbuki demokrasilerde üstün olan sadece hukukun gücüdür. Türkiye'de ise maalesef gücün hukuku egemendir... Türkiye Cumhuriyeti ya gerçek bir hukuk devleti olarak varlığını devam ettirecek ya da yeniden gücün üstünlüğüne boyun eğerek yaşamaya devam edecektir...Türk milletinin kardeş kanı dökülmemesi için orduya karşı bir isyan başlatmayı ne ihtilali ne de muhtırayı haklı gösterebilir...Nitekim bugüne kadarki uygulama, Türkiye'nin bir hukuk devleti değil, asker devleti olduğunu düşündürmektedir. Suçu sivil işlerse cezalandıran, asker işlerse cezalandırmayan bir devletin vatandaş nazarında itibarı kalmaz..." şeklinde ibarelere yer verilmiştir.

Gerek belgenin bütünü gerekse açıklanan bu ibareler incelendiğinde, sanık olarak gösterilen kişinin eyleminin nitelendirmesinin yapılmadığı, tam tersine Türk Silahlı Kuvvetlerine yönelik olarak kendi milletine karşı silah kullanmaktan çekinmeyen, hukuk devletini ortadan kaldırmaya çalışan, bu amaçla elindeki gücü kötüye kullanan bir kurum olduğu yolunda saptamalara yer verildiği bu saptamaların ise eleştiri boyutunu aşarak aşağılayıcı ve küçültücü değer yargısı taşıdığı anlaşılmaktadır. Sanığın, bu belgeyi basın mensuplarına vermesi, bu suretle geniş kitlelere ulaşmasını sağlamaya çalışması da söz konusu yazının tahkir ve tezyif kastıyla yazıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu itibarla Özel Dairenin beraate ilişkin hükmünün bozulmasına karar verilmiştir." YCGK, 16.04.2002, 2002/9-96 E., 2002/234 K., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:01.12.2016).

⁸⁶² SANCAR YALÇIN, **Türkan**, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/1 - Yeni TCK m. 301/1 - 2), Seçkin yayınevi, Ankara, 2006, s. 160-164

⁸⁶³ Yargıtay da çeşitli kararlarında "tahkir ve tezyif" ibaresini "aşağılama" olarak kabul etmiştir.

"Suça konu yazının yayımlandığı mevkute, sanığın mevkutedeki konumu, hitap edilen kitle, yayımlanma amacı ile hitap edilen kitle tarafından algılanma biçimi de gözetilerek, dava konusu yazı dizisi bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, suça konu "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" ibaresinin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte olduğunda kuşku bulunmamakta, bir toplumu yüceltirken başka bir toplumu aşağılamanın Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ile öngörülen ifade özgürlüğü kapsamında bulunduğunu kabulde mümkün görülmemekte olup, bu nedenlerle tebliğnamedeki bu konuya ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir." Yarg. 9. C.D., 2006/711 E., 2006/2497 K., 01.05.2006, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:01.12.2016).

300. maddenin gerekçesinde, herhangi bir açıklama yapılmamış olmakla birlikte, kanun koyucunun aşağılama ve tahkir kavramlarını, bu madde açısından nasıl anladığını yorumlamak mümkün olabilmektedir. Zira 300. madde “*Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama*” başlığını taşımakla birlikte, madde gerekçesinde sıkça “*tahkir*” fiilinden söz edilmektedir. Nitekim Türk Bayrağı’nın aşağılanması cezaî yaptırıma tabi tutulduğu 1. fıkra bakımından, madde metninde, Türk Bayrağı’nı alenen tahkir fiilinin cezalandırıldığı ifade edilmiştir. Yine benzer şekilde, bayrağın aşağılanması bakımından, yırtma, yakma fiillerinin tahkirin gerçekleştiriliş şekillerine örnek teşkil ettiği ifade edilmek suretiyle, aşağılama ve tahkir kavramlarının eş anlamlı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.

216. maddenin 2. fıkrasının gerekçesinde ise, “*suçun oluşması için fıkarda belirtilen özelliklere sahip ve halkın bir kesimini oluşturan gayri muayyen sayıdaki kişilerin aşağılanması, tahkir edilmesi gerekir*” ifadelerine rastlanmaktadır. Kanun koyucunun burada, aşağılama ve tahkir etme kavramlarını aynı anlamlarda kullanıp kullanmadığını, suçun oluşabilmesi için hem aşağılamanın hem de tahkir etmenin mi gerçekleşmesinin gerektiği yoksa tahkir etmek kavramını aşağılama kavramını pekiştirmek ve açıklığa kavuşturmak için mi kullandığı yönünde, 301. maddedeki gibi bir açıklamaya yer vermemiştir. Ancak üç madde hükmü, gerekçeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun aşağılamak ve tahkir etmek fiillerine farklı manalar yüklediğini ifade etmek mümkün görünmemektedir.

Tahkir sözcüğüne, TCK’nun 130. (Kişinin hatırasına hakaret) 153. (İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme) ve 341. (Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret) maddelerinde rastlanmaktadır. Tezyif ise, TCK’nun 219. (Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma) maddesinde suç teşkil eden fiil olarak düzenlenmiştir.

Kanaatimizce, tahkir, tezyif ve aşağılama kavramları arasında, bir ağırlık farkının olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Her üç kavram da, asgari düzeyde, kişi onurunu ya da bir kurum/organın saygınlığını rencide edici nitelikte olmakla birlikte, fiilin korunan hukuki değeri ihlal ediş şekli ve ihlalin ağırlığı önem arz etmektedir. Nitekim bir kurum/organın saygınlığının azaltılması ile bu kurum organın/otoritesini sarsıcı nitelikte fiiller işlenmesi arasında bir ağırlık farkı olduğu gibi, bir kimsenin küçümsenmesi, incitilmesi yahut hor görülmesi ile onurunun rencide edilmesi suretiyle toplumsal yaşantı içerisinde sosyal konumunu da etkileyecek nitelikte saldırılara maruz kalması arasında da bir ağırlık farkının olduğunu ifade etmemiz mümkündür. Bu minvalde, hakaret sözcüğünün

karşılığı olarak kullanılan tahkirin, tezyif ile aynı anlama geldiğini düşünmekle birlikte, aşağılamanın, tahkir ve tezyife göre daha hafif bir saldırı teşkil ettiğini söylememiz mümkündür⁸⁶⁴. Bu düşüncemizi, TCK’nun 301. maddesinin gerekçesi de desteklemektedir. Zira söz konusu madde gerekçesinde aşağılamanın, “*suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlar*” olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu şekilde bir yorumun, kişi hak ve özgürlükleri bakımından yaratacağı sorunlar bir yana, bir hukuka uygunluk sebebi olarak düşünceyi ifade hürriyetinin ve buna bağlı olarak eleştiri hakkının kullanılmasının dahi suç olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermesi mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, eleştiri, bir düşüncenin doğruluk veya yanlışlığını ve bu anlamda o düşüncenin gerçek değerini ortaya çıkarmak için yapılan bir faaliyettir. Bu faaliyet kapsamında, İHAM’nin de sık sık ifade ettiği üzere, kimi zaman ağır, kırıncı, şok veya rahatsız edici bir takım düşüncelerin ifade edilmesi de mümkündür. Bu nedenle, eleştirinin dahi, eleştirilen düşüncenin, kişinin, topluluğun ya da değerlerin sorgulanmasını sağlayacak ve söz konusu kavramların inanılabilirliğini, saygınlığını yahut itibarını azaltacak bir yönü bulunmaktadır. Bu nedenle, “*aşağılama*” fiilini, salt “*suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlar*” olarak kabul etmek, bu tür bir yorum şeklinin ifade özgürlüğünü daraltıcı bir etkisinin bulunması bakımından sakıncalı olacaktır.

Bir başka husus, hakaret kavramının ceza hukuku terminolojisinde “*saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan*” daha ağır bir anlama sahip olmasıdır. Eğer kanun koyucunun belirttiği üzere “*aşağılama*”, “*tahkir ve tezyif*” kavramı karşılığında kullanılmışsa, söz konusu kavramın, “*saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan*” daha nitelikli davranışları ifade etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, eleştiri niteliğindeki “*saygınlığı azaltmaya yönelik davranışların*” da “*aşağılama*” kapsamında cezalandırılması gerekecektir. Zira hakaret, insan onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte fiilleri kapsamına almakta olup, her saygınlığı azaltan fiilin, insan onurunu rencide ettiği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Bu anlamda, yukarıda ifade ettiğimiz maddelerde kanun koyucunun ayrıca “*tahkir*” ifadesine yer vermesinin nedenini, aşağılama fiilinin sahip olduğu daha zayıf anlamı güçlendirmek ve desteklemek adına seçtiğini düşünmekteyiz.

⁸⁶⁴ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3, s. 994.

Diğer yandan, TCK'nun 125. maddesinde olduğu gibi gerçek kişiler söz konusu olduğunda “hakaret”, kurum veya kuruluşlar söz konusu olduğunda “aşağılama” ifadesinin kullanılması yönündeki tercihin neden yapıldığının, madde gerekçelerinde herhangi bir izahı yoktur⁸⁶⁵. Kanun koyucunun bu yönde bir tercihi yaparken, kurum ve kuruluşlara yönelik daha hafif saldırıları cezalandırma amacının ve bu anlamda söz konusu varlıklara daha geniş bir koruma alanının sağlanması saikinin olduğunun düşünülmesi mümkündür. Ancak böyle bir yaklaşım tarzının da insan temelli bir ceza hukuku sisteminde çelişki oluşturacağı kanaatindeyiz. Dahası TCK'nun 301. maddesinin gerekçesinde hakaretin ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen bir suç olması nedeniyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çeşitli suç tanımlarında kurum ve kuruluşlarla ilgili olarak “aşağılama” kavramına yer verildiği, aşağılamanın, “tahkir ve tezyif” kavramı karşılığında kullanıldığı belirtilmiş ancak 341. maddenin başlığı “Yabancı Devlet Bayrağına Karşı Hakaret” olarak düzenlemiştir. Yine 219. maddede hükümet idaresi, devlet kanunları ve hükümet icraatının “aşağılanması”ndan değil, “tezyif” edilmesinden söz edilmiştir. Bununla beraber, 300 ve 301. maddelerde, bazı organ, kurumlar ya da değerler bakımından “aşağılama”, 153. maddede, ilgili dini inancı benimseyen, gerçek kişilerden oluşan toplum kesimini “tahkir” maksadından bahsedilirken, 216. maddesinin 2. fıkrasında halkın bir kesimini oluşturan gerçek kişiler bakımından ise yine “aşağılama”, bunun yanında gerçek bir kişi vasfını haiz olmayan yabancı devlet bayrağına karşı “hakaret” ifadelerinin kullanılması, “aşağılama”, “tahkir” ve “tezyif” kavramlarına yüklenecek anlamların daha da karmaşık, çelişkili ve tartışmalı bir hal almış olduğunu göstermektedir.

Biz kanun koyucunun, TCK'nun 216/2. maddesinde “suçun oluşması için fıkra da belirtilen özelliklere sahip ve halkın bir kesimini oluşturan gayri muayyen sayıdaki kişilerin aşağılanması, tahkir edilmesi gerekir” ifadelerine yer vermesinin sebebinin, suçun oluşabilmesi için aşağılamanın, saygınlığı azaltmaya yönelik davranışların ötesinde, tahkir boyutunda ulaşması gerektiğini ortaya koymak için kullandığı kanaatindeyiz⁸⁶⁶. Bu nedenle burada aşağılamanın, tahkir ile eş anlamlı anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁸⁶⁵ YILDIRIM, Mustafa, Zeki, 5237 Sayılı Ceza Kanununda Bir Suç Fiili: Aşağılamak, EÜHFD, C.VII, S.1-2, 2012, s. 232.

⁸⁶⁶ “Sanığın, ‘Alevi kızlarının yüzde yetmişinin kızlık zarı yoktur, çünkü aile hayatları yoktur’ biçimindeki sözlerinin, TCY.nun 175/3, 251. maddelerinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, anılan Yasanın 480/1. maddesiyle hüküm kurulması...” Yarg. 4.C.D., 1994/9369 E., 1995/172 K., 24.01.1995, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015).

Hem TCK bakımından terminoloji birliğinin sağlanması hem de 216. maddenin 2. ve 3. fıkralarında, kanun koyucunun ceza yaptırımına bağlamak istediği fiilin, belli ağırlıktaki saldırılara yönelik olması gerektiği amacından yola çıkarak, 216. maddenin 2. maddesi bakımından, “aşağılamak” fiili yerine “*insan onurunu zedeleyecek bir şekilde aşağılamak yahut tahkir etmek*”, 3. fıkrası bakımından “*tahkir etmek*” fiillerinin suç olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu yönde yapılacak bir değişiklikle birlikte, “aşağılamak” fiili bakımından, suçun maddi unsurunun ve bu anlamda maddenin cezalandırma alanının genişletildiği haklı gerekçeleriyle ortaya çıkabilecek tartışmalar son bulmuş olacaktır. Aksi takdirde, kırıncı, incitici yahut rahatsız edici nitelikte her fiilin “aşağılamak” kapsamında değerlendirilmesi ve her an ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılanması riski söz konusu olacaktır⁸⁶⁷.

c. İHAM Kararlarında Halkın Bir Kesimini Aşağılama

TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “*Halkın Belli Bir Kesimini Aşağılama Suçu*”, İHAM kararlarında genel olarak “*düşmanlığa tahrik*”, “*nefrete tahrik*” ve “*ırksal ayrımcılık*” yahut “*ırksal ayrımcılığa tahrik*” kapsamında ele alınmaktadır. Kimi kararlarında Mahkeme, dava kapsamındaki olayların mağdur topluluğu “*aşağılayıcı*” nitelikte olduğuna değinirken kimi kararlarında ise “*aşağılama*” kavramına yer vermemekte ve fakat söz konusu olayların, nefrete, düşmanlığa ve ırksal ayrımcılığa tahrik edici nitelikte olması sebebiyle, düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlarının aşıldığı kanaatine varmaktadır. Bu anlamda İHAM, söz konusu davalarda “*şiddete tahrik*” kıstasından hareket etmemektedir.

Nefret suçları ve söylemine ilişkin yaptığımız açıklamalar kapsamında da belirttiğimiz üzere İHAM, nefrete tahrik kapsamında, şiddete, düşmanlığa ya da ayrımcılığa tahriki ele almaktadır. Zira Mahkeme’ye göre, “*Nefrete tahrik, salt şiddete ya da diğer suçların*

⁸⁶⁷ “...Dosya kapsamına göre, mercii mahkemece, www.ozurdiliyoruz.com internet sitesinde yayınlanan ‘1915’te Osmanlı Ermenilerinin maruz kaldığı büyük felakete duyarsız kalınmasını, bunun inkar edilmesini vicdanım kabul etmiyor. Bu adaletsizliği reddediyor, kendi payıma Ermeni kardeşlerimin duygu ve acılarını paylaşıyor, onlardan özür diliyorum’ mahiyetindeki yazı altında şüphelilerin isimlerinin yer alması şeklindeki eylemle ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmadığı gibi söz konusu yazının Türklüğü alenen aşağılama suçunu oluşturup oluşturmayacağına mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle itirazın kabulüne karar verilmiş ise de...suçtan doğrudan doğruya zarar görmeleri söz konusu olmayan ve anılan kovuşturmayla yer olmadığına dair karara itiraz hakkı bulunmayan müterizlerin itirazlarının bu yönden reddi yerine kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle...” Yarg. 9.C.D., 2009/10470 E., 2009/7437 K., 24.06.2009, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015).

işlenmesine çağrıda bulunmayı kapsamamaktadır. Halkın bir kesiminin aşağılanması, alay ya da hakaret edilmesi veyahut bu kesime karşı ayrımcılığa tahrikte bulunulması da nefret söylemiyle mücadele bakımından, bu kesimin insan onurunu ya da güvenliğini ihlal edecek şekilde düşüncüyü ifade özgürlüğünün bu denli sorumsuz bir şekilde kullanılması karşısında, ulusal otoriteler tarafından yeterli görülebilir.⁸⁶⁸

Mahkemenin önüne gelen davalardan değinmek istediğimiz ilk dava, *Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda* davasıdır. Söz konusu davaya konu olan olaylar, mesleği muhasebeci olan Bay Glimmerveen ile garson olan Bay Hagenbeek'in "Beyaz İnsanlarımıza" başlıklı el ilanları dağıtmaları ve bu nedenle Hollanda Ceza Kanunu'nun 137. maddesi gereğince, ırk ayrımcılığına tahrik suçuyla cezalandırılmaları ve belediye seçimlerine katılmalarının men edilmesi şeklinde gelişmiştir⁸⁶⁹. Belirtmek gerekir ki, Bay Glimmerveen 1974 senesinde, 1971 yılında kurulan Hollanda Ulusal Birlik Partisi'nin başkanı olmuştur. Adı geçen partinin temel prensibi, bir devletin genel çıkarlarının en iyi, ırk bakımından karma bir nüfusa değil etnik bakımdan homojen bir nüfusa sahip olmakla elde edileceğidir.

Söz konusu el ilanlarında ise şu ibareler yer almaktadır:

"Gerçek şu ki, uzun bir süredir daha fazla burada bulunmaları gerekli olmayan ve nüfusumuzun büyük bir bölümünü oluşturan yüzbinlerce Surinam, Türk ve sözde diğer misafir işçilerin ülkemizdeki varlıkları yeterlidir. Halkımıza hizmet eden yetkililer bunu görmeli ve istenmeyen bu yabancıların, mümkün olan en kısa sürede ülkemizi terk etmelerini sağlamalıdır. Hollanda Ulusal Birlik Partisi ülkenin iktidarını kazanır kazanmaz, bu sorunu yoluna koyacak ve işe Surinam, Türk ve sözde diğer misafir işçileri Hollanda'dan göndermekle başlayacaktır."

İHAM, başvuranların savunduğu politikanın amacının, beyaz olmayan tüm insanları, milliyeti, ikamet süresi, aile bağları sosyal, ekonomik, insani ya da diğer durumları ne olursa olsun Hollanda'dan göndermek olduğuna değinmiştir. Söz konusu politika ise, Sözleşme'nin ve diğer uluslararası antlaşmaların yasakladığı ırk ayrımcılığına ilişkin unsurları açıkça barındırmaktadır. Bu anlamda başvuranların savunduğu politik düşünceler açıkça, Sözleşme'nin 17. maddesi (Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması)

⁸⁶⁸ Féret v. Belçika, Başvuru No: 15615/07, 16.7.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2016).

⁸⁶⁹ Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda, Başvuru No: 8348/78, 8406/78, 11.10.1979, (Erişim Tarihi: 09.09.2016).

kapsamında değerlendirilebilecek fiiller olup, Sözleşme'nin lafzına ve ruhuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle başvuruların 10. madde hükmüne dayanmaları mümkün değildir.

Diğer bir dava *Jersild v. Danimarka* davasıdır. Yeşil Ceketliler (Greenjackets) diye adlandırılan ırkçı bir grupla yapılan röportajın televizyonda yayınlanması şeklinde gelişen olaylarda başvuran, röportajda geçen “Kuzey devletleri zencilerin özgür olmasını istiyor; ama onlar insan değil, hayvan.”, “Önce bir gorilin fotoğrafına sonra da bir zenciye bak; aynı vücut yapısı, düz alın ve her şeyleri aynı.”, “Zenciler, Türkler, Yugoslavlar ve diğer yabancı işçiler gibi insan değil, hayvandır.”, “Gerçek şu ki onlar ‘şeytan’ onlarda sevmediğimiz bu, zihniyetlerini sevmiyoruz... Ortalıkta Zimbabwe giysileriyle dolaşmalarını ve hula-hula dilini konuşmalarından hoşlanmıyoruz.” , “Uyuşturucu satıyorlar ve Vestre hapishanesinin yarısı uyuşturucu yüzünden içerde... Onlar zamanını uyuşturucu satmak için harcıyor.”, “Tüm şeytanlar uyuşturucu yüzünden içeride.” ifadelerini yayınlaması nedeniyle, Danimarka Ceza Kanunu'nun, alenen bir ırkın aşağılanması fiilini cezalandıran 266b maddesindeki suçun işlenmesinde adı geçen ırkçı gruba yardım ve yataklık etmekten, yerel mahkemeler tarafından mahkûm edilmiştir⁸⁷⁰.

Söz konusu davada İHAM, Greenjackets üyelerinin mahkûm olmalarına neden olan ifadelerin aşağılamanın da ötesinde olduğuna ve Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanamayacakları konusunda bir şüphe olmadığına değinmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, gazeteci olan başvuran Bay Jersild'in ırkçı görüş ve fikirleri yaymak değil, “Greenjackets” grubunun üyeleri ile bu grubu oluşturan gençleri ortaya çıkarmak, analiz etmek, açıklamak ve ayrıca “toplumda halihazırda büyük kaygılar uyandırmış bir konunun spesifik boyutlarına” değinmek amacı bulunmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

Diğer bir dava *Marais v. Fransa* davasıdır. Başvuran 1992 yılında Revision dergisinin 40. sayısında yayımlanan ve 1940-1945 yılları arasında Struthof'taki gaz odalarıyla ilgili “Struthof-Natzweiler'daki Ölümcül Gaz Odaları- özel dosya” başlıklı makalede, amacının, kampın eski kumandanı Josep Kramer tarafından yapılan açıklamaların araştırılması görevinin uzmanlar tarafından yerine getirilmemesinin telafisi ve bu anlamda Struthof-Natzweiler'daki iddia edilen gaz olaylarıyla ilgili gerçeklerin ortaya çıkarılması olduğunu

⁸⁷⁰ *Jersild v. Danimarka*, Başvuru No: 15890/89, 23.09.1994, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.09.2016).

ifade etmiştir. Başvurana göre, yaptığı çalışmalar kapsamında, otuz insanın hızlı ve eş zamanlı olarak oksijensiz kalması, bu işlem oldukça fazla su gerektiğinden, mantıksız görünmektedir. Zira Amerika’da bir hükümlüye uygulanmak üzere kullanılan gaz teknolojisiyle karşılaştırıldığında, Kramer tarafından kullanıldığı iddia edilen “ev yapımı” metod, Struthof ve diğer kamplarda milyonlarca insanın öldürülmesi için çok yüksek miktarda ziklon B gerektirdiğinden, Struthof’da gerçekleştirildiği iddia edilen gazlamalar, özel olarak incelenmesi gereken bir dosyadır.

Söz konusu makale nedeniyle başvuran, 1881 Basın Özgürlüğü Kanunu’nun 24. maddesi kapsamında, insanlığa karşı işlenen suçların inkârı ve ırksal tahkir içeren açıklamalar yayımlaması nedeniyle para cezasına mahkûm olmuştur. İHAM ise, başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir⁸⁷¹.

Roger Garaudy v. Fransa davası da soykırımın inkârı kapsamında ele alınan bir aşağılama/tahkir davasıdır. Söz konusu davada, düşünür ve yazar olan Roger Garaudy isimli başvuran, İsrail, Mitler ve Terör adlı bir kitap yazmış ve Fransız mahkemeleri tarafından 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu’nun ilgili maddeleri gereğince, insanlığa karşı suçların varlığını reddetme, bir grubun –söz konusu davada, Yahudi toplumu- alenen aşağılanması/tahkir edilmesi ve ırksal nefrete teşvik suçlarından mahkûm edilmiştir⁸⁷².

Söz konusu davada öncelikle İHAM, Fransız hukuku kapsamında suç teşkil eden başvuranın fiilinin, insanlığa karşı suçların inkârı mı, bir ırkı aşağılayan/tahkir eden yayınları yayma mı yoksa ırksal nefrete tahrik mi olduğuna karar vermenin kendi görevi değil, ulusal makamların görevi olduğuna değinmiştir. Bu nedenle Mahkeme kendi görevinin, Sözleşme’nin 10. maddesi bakımından üye devletin takdir yetkisini aşp aşmadığını belirlemek olarak tanımlamıştır. Bu kapsamda Mahkeme, düşünceyi ifade

⁸⁷¹ **Marais v. Fransa, Başvuru No: 31159/96, 24.06.1996**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

⁸⁷² **Garaudy v. Fransa, Başvuru No: 65831/01, 24.06.2003**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

Söz konusu davada, Fransız yerel mahkemeleri tarafından mahkûmiyete, kitabın birçok sayfası gerekçe gösterilmekle birlikte, özellikle şu ifadeler dikkat çekmiştir:

“Hitler yönetimi, tek kurban Yahudiler olmasa da ‘soykırımın’ sözde başlıca mağduru oldukları propagandasıyla yanlış bir şekilde tanımlanmıştır. Maalesef bu, Avrupalı sömürgecilerin ‘siyahlarla’ beş asır boyunca ilgilenmiş olduğu gibi Hitlerin de beyazlarla ilgilenmiş olması emsalsiz bir insani felaket değildi.”, “Bütün büyük şehirlerde, Paris’te, Londra’da ve tüm önemli başkentlerde krematoryumlar var ve bunların hiç biri, insanların yakılarak öldürülmesi kastının bir delili olarak gösterilmiyor.”, “Bir efsane tarihmiş gibi gösterildi ve politika bu yoldan kazanmaya başladı.”, “altı milyon Yahudi’nin yok edilmesi efsanesi, her türlü şiddet fiili Holocaust (Yahudi Soykırımı) adı altında kutsallaştırılarak bir dogma haline geldi.”, “Soykırım Efsanesi”, “Yakarak yok etme dogmasının kabul ettirilebilmesi için, gaz odalarının da krematoryumlara eklenmesi gerekiyordu.”, “Gaz odalarının Almanya’da hiçbir zaman var olmadığı hatırı sayılır sayıda görgü tanıkları tarafından ispatlanmış olmasına rağmen, keyfi bir şekilde, doğu kamplarının var olduğuna dair inkâr edilemez delillerin olduğu kabul edildi.”

özgürlüğünün, demokratik bir toplumun esaslı özelliklerinden biri olduğunu ifade etmekle birlikte, söz konusu özgürlüğün sınırlarının da bulunduğu değinmiştir. Zira Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin temel değerlerine karşı yöneltmiş herhangi bir açıklama gibi Neo-Nazi politikalarının da Sözleşme'nin korumasından yararlanması mümkün değildir. Başvuranın mahkûmiyetine gerekçe olan kitap, Nazi rejimi tarafından Yahudilere yapılan zulümler, soykırım ve Nürnberg yargılamaları gibi İkinci Dünya Savaşı ile bağlantılı bazı tarihi olayları detaylı bir şekilde analiz etmektedir. Başvuran kitapta, çok sayıda alıntılar ve referanslar vererek, tarihçiler arasında artık tartışma konusu olmayan ve gerçekleştiği açıkça ortaya konan bir tarihi olayın gerçekliğini, ciddiliğini ve genişliğini sorgulamaktadır. Başvuranın yaklaşımı, İsrail devleti ve Siyonizm'in politik ve ideolojik eleştirisinden veya revizyonist teoriler hakkında objektif bir çalışma ve gaz odalarına ilişkin olarak kamusal ve akademik tartışma çağrısında bulunmanın ötesinde, Yahudilere karşı Naziler tarafından gerçekleştirilen insanlığa karşı suçları inkar niteliğindedir. Başvuranın kitabındaki gibi, Yahudi Soykırımı gibi varlığı açıkça ortaya konulmuş olan tarihi olayların inkârı, gerçeği sorgulamak için yapılan bir tarihi araştırma olarak nitelendirilemez. Bu tür bir yaklaşımın tek amacı, nasyonal sosyalist rejimi meşrulaştırmak ve yanlış tarihi bilgilerle mağdurları suçlamaktır. Bu nedenle insanlığa karşı suçların inkârı, Yahudilerin ırk bakımından aşağılanması/tahkir edilmesinin ve onlara karşı nefrete tahrikin en ciddi şeklini oluşturmaktadır. Bu nitelikte bir inkâr ya da tarihsel olguların bu şekilde yazılması, anti Semitizm ve ırkçılıkla mücadeleyle ilişkin değerleri önemsizleştirmekte ve kamu düzeni bakımından tehdit oluşturmaktadır. Bu tür fiiller, başkalarının haklarını ihlal ettiğinden, demokrasi ve insan haklarıyla çelişmekte, Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında yasaklanan amaçları içermektedir. Bu nedenle başvuranın kitabının ana içeriği ve genel anlamı Sözleşme'nin lafzı ve ruhuna aykırılık teşkil etmekte ve başvuru Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası kapsamında kabul edilemez niteliktedir.

Diğer bir dava *Norwood v. Birleşik Krallık* davasıdır. Söz konusu davaya konu olan olaylarda, aşırı sağ kanattan bir siyasi parti olan İngiliz Ulusal Partisi'nin yerel bir organizatörü olan başvuran, apartman dairesinin camına İkiz Kuleleri alevler içinde gösteren ve üzerinde yasak işareti bulunan bir ay ve yıldız simgesiyle birlikte “*İslam, İngiltere'den defol – İngilizleri koruyun*” yazan bir poster asmış ve yerel mahkemeler tarafından 1986 tarihli “*Kamu Düzeni Kanunu*”nun 5. maddesi gereğince, ırksal ya da dini

bir topluluğun üyelerine karşı, bu topluluğun üyeleri olmalarından kaynaklı nefret saiki ile aleni bir şekilde aşağılama, tehdit, sindirme, korkutma niteliğinde yazı, sembol ya da diğer herhangi simge teşhir etme suçu nedeniyle hüküm giymiştir⁸⁷³.

Söz konusu davada İHAM, poster üzerindeki söz ve resimlerin, İngiltere'deki tüm Müslümanlara açık bir saldırı ifadesi taşıdığını ifade ederek, dini bir topluluğa karşı, tüm topluluğu ciddi bir terörist eylemle ilişkilendiren bu tür genel ve şiddetli bir saldırının, Sözleşme tarafından ilan edilen ve güvence altına alınan değerlerle, özellikle hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yapmama ile bağdaşmadığına değinmiştir. Bu nedenle Mahkeme, başvuruyu Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında kabul edilemez bulmuştur.

Değirmek istediğimiz bir diğer dava *Klein v. Slovakia* davasıdır. Söz konusu davaya ilişkin olaylar, gazeteci ve aynı zamanda film eleştirmeni olan başvuranın, bir Miloš Forman filmi olan “*The People vs. Larry Flynt*”in 1997 yılında sinemalarda yayınlanmadan önce, baş rol oyuncusunun vücudunun alt kısmının Amerikan bayrağıyla sarılmış ve bikini giymiş bir kadının özel bölgesinde çarmıha gerilmiş olarak betimlendiği poster hakkında Slovakya’da ortaya çıkan tartışmalar üzerine, politik, ekonomik, felsefi, doğa bilimleri ve kültür makaleleri yayımlayan Domino Efekt isimli bir dergide yazdığı ve başpiskoposu eleştiren makalenin yayınlanması ve para cezasına mahkum edilmesi şeklinde gelişmiştir. Zira başpiskopos bir televizyon yayınında, filme ve filmin posterine, dini tahkir ve cinsel çağrışımlar içerdiği gerekçesiyle ölçülü bir takım tedbirlerin uygulanması gerektiği fikrini savunmuştur⁸⁷⁴.

Adı geçen makalede başvuran özetle, Slovakya’nın Hristiyan bir devlet olmadığı zira Hristiyan bir devletin İran gibi İslami bir devlet kadar tahammülsüz olacağı, bunun da dolaylı olarak hiçbir batı devletinin Hristiyan olmadığını gösterdiği, Amerikan başkanının yeminini “*Tanrı yardımcım olsun*” şeklinde bitirmesi gibi bir takım seremonilerin devam ettirilmesinin o devletin Hristiyan olduğunu kanıtlamadığı, Fransa’da dahi posterlerin yasaklanması talep edilirken, filmin yasaklanmasına ilişkin herhangi bir talebin olmadığı gibi politik konulara değinmiş ancak bunun yanında başpiskoposun Slovakçada “*aptal*” ya da “*istikrarsız*” anlamına gelen “*trtko*” olduğunu, annesiyle cinsel birliktelik kurduğunu (*trtko*), başpiskoposun cinsel çekiciliğinin olmamasından dolayı eşcinsel ya da biseksüel

⁸⁷³ **Norwood v. Birleşik Krallık**, Başvuru No: 23131/03, 16.11.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

⁸⁷⁴ **Klein v. Slovakia**, Başvuru No: 72208/01, 31.09.2006, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).

olup olmadığının önemsiz olduğunu, bir çingene topluluğunun (çete) lideri kadar dahi onurunun olmadığını, böyle bir canavarın başkanlığını yaptığı bir topluluğun saygın Katolikler tarafından neden terkedilmediğini anlamadığını ifade etmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında koruma altına alınan hakların barışçıl bir biçimde kullanılmasının sağlanması bakımından kutsal değerlere ve başkalarına yönelen sebepsiz ve saygısız ifadelerin sınırlandırılabilmesine değindikten sonra, yerel mahkemenin, makalenin bir grup insanı Katolik inancını benimsemelerinden dolayı itibarsızlaştırıldığı ve küçümsendiği düşüncesini benimsememiş, aşağılayıcı ifadelerin doğrudan başpiskopasa yöneldiğine dikkat çekmiştir⁸⁷⁵.

Diğer bir dava *Giniewski v. Fransa* davasıdır. Söz konusu davaya ilişkin olaylar, Avusturyalı tarihçi ve sosyolog Giniewski'nin 1994 yılında bir Fransız gazetesinde, John Paul II'nin 1993 yılında yazdığı “*Hakikatin İhtişamı*” tamimine ilişkin olarak yazdığı makalede, Vatikan'ı ve Papa'yı Yahudi karşıtı olmak ve Yahudi Soykırımı'ndan (Holocaust) bir ölçüde sorumlu olmakla suçlaması üzerine gelişmiştir. Makalenin yayımlanmasının ardından Fransız ve Hristiyan Kimliklerine Saygı Sağlanması ve Irkçılık Karşıtı Birliği (AGRIF), söz konusu makalede, Katoliklerin hatta Hristiyanların Nazi katliamından sorumlu olduklarının ifade edilmesinden kaynaklı olarak Hristiyanların dini inançları nedeniyle hakaret suçunun mağduru oldukları iddiasıyla şikâyetle bulunmuştur. Giniewski ceza davasından beraat etmiş fakat özel hukuk davasında, hakkında temsili olarak bir frank tazminata hükmedilmiş ayrıca mahkemenin kararının ulusal bir gazetede yayımlanmasına karar verilmiştir. Yazara göre, Papa'nın yazdığı tamimde belirttiği, eski Ahit'in yeni Ahitle tamamlanması ve yenisine üstünlük tanınması doktrini, Jules Isaac tarafından çok önceden Yahudi aleyhtarlığının gelişiminin bir unsuru olarak ortaya konulduğu üzere, Yahudileri küçümseme/aşağılama öğretisini yayan bir doktrindir. Bu

⁸⁷⁵ “Başvuran, ‘Bir Millet, Irkın ve İncanın Tahkir Edilmesi’ suçu nedeniyle mahkûm olmuştur. İlk derece Mahkemesi, Slovakya Katolik Kilisesi en yüksek temsilcisinin tahkir edilmesi nedeniyle, kilise üyelerinin de saldırıya uğradığını, başvuranın, bu topluluğun saygın üyeleri tarafından neden terkedilmediğini anlamadığını ifade ettiği cümlelerin, bir grup insanı Katolik inancını benimsemelerinden dolayı itibarsızlaştırıldığı ve küçümsendiği sonucuna varmıştır. Temyiz Mahkemesi de söz konusu makaleyle Hristiyan inancını benimseyen bir grup insanın anayasal haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle kararı onamıştır.

Mahkeme, bu sonucu kabul etmemektedir. Zira başvuran söz konusu makalede Başpiskopos, söz konusu filme, filmin posterine ve bu film dolayısıyla kanuna aykırı davranışta bulunan kişilere karşı uygulanması gereken yaptırımlar hakkında televizyon yayınında ifade ettiği düşünceler dolayısıyla oldukça sert bir dille eleştirmiştir. Diğer yandan başvuranın aşağılayıcı nitelikteki ifadeleri, Slovakya Katolik Kilisesi'nin en yüksek temsilcisi sıfatına sahip olan kimseye yöneliktir. Slovakya Yargı Makamlarının aksine Mahkeme, söz konusu ifadelerin, bir grup insanı Katolik inancını benimsemelerinden dolayı itibarsızlaştırıldığı ve küçümsendiği hususunda ikna olmamıştır... Başvuranın makalesi, inanların dinlerini ifade etme veya ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmemiş, onların dini inançlarının mahiyetlerini yermemiştir.”

nedenle söz konusu doktrin, Yahudi aleyhtarlığına neden olmakla birlikte Auschwitz fikri ve uygulamalarının tohumu olmuştur⁸⁷⁶.

İHAM ise, kullanılan ifadelerin, kırıcı, şok veya rahatsız edici nitelikte olsa da dinsel inançlara saldırı, aşağılama ya da nefrete tahrik mahiyeti taşımadığına hükmetmiştir⁸⁷⁷.

Değinmek istediğimiz diğer bir dava, *Witzsch v. Almanya* davasıdır. Belirtmek gerekir ki söz konusu dava, İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudilere karşı gerçekleştirilen soykırım fiillerinin gerçekleşme şekline ilişkin Prof. Witzsch'in görüşlerinin değerlendirildiği bir davadır. Dikkat çekmek istediğimiz husus ise, adı geçen profesörün görüşlerini açıkladığı bir makaleyi kamuya yayımlamaması ve fakat Prof. Wolffson'a bir mektup şeklinde göndermiş olmasıdır. Zira ünlü tarihçi Prof. Wolffson, 1999 yılında haftalık bir Alman dergisinde, *"Hitler, Yahudileri öldürmek istemiştir. Bunu emretmiştir ve öldürüleceklerini de kesinlikle bilmektedir. Her ne kadar yazılı bir emir vermemiş olsa da birçok defa sözlü emir verdiği dair kanıtlar mevcuttur. Yahudilerin öldürülmesi NS eylemcileri tarafından isteyerek ve planlanarak gerçekleştirilmiştir."* ifadelerinin de yer aldığı bir makale yayımlamıştır. Prof. Witzsch ise Prof. Wolffson'a gönderdiği özel mektupta özetle, Alman Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi'nin (NSDAP) parti programında Hitler ya da NSDAP'nin Yahudileri öldürmeyi planladıklarına dair bir delilin olmadığını, İkinci Dünya Savaşı başlayana dek göçe teşvik edilmeleri karşısında, öldürmeye hazırlanıldığının söylenmesinin zor olduğunu, Hitlerin böyle bir emir verdiği hususunda bir delilin olmadığını, savaştan sonra on binlerce NSDAP'nin masum resmi görevlilerinin, savaşın sonuna kadar Yahudilerin öldürülmesi hakkında bir bilgiye sahip olmadıkları hususunda yemin ettiklerini ifade etmiştir⁸⁷⁸. Söz konusu davaya ilişkin soruşturma, mektubun Prof. Wolffson tarafından polise teslim edilmesiyle başlamış ve Prof. Witzsch, bu ifadeler nedeniyle üç ay hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiştir.

⁸⁷⁶ **Giniewski v. Fransa, Başvuru No: 64016/00, 31.01.2006**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).

⁸⁷⁷ "dava konusu makale, Papa'nın tamimini ve onun mevkisini eleştiriyor olsa da, yapılan analizler tüm Hristiyanlığı kapsayacak genişlikte yorumlanamaz. Diğer yandan söz konusu makalede başvuran, spesifik bir doktrin ve bu doktrinin Yahudi Soykırımıyla olası bağlantılarını kapsamında bir tartışma geliştirmiştir. Söz konusu doktrinin olumsuz etkileri de göz önünde bulundurularak yazılan makale, Yahudilerin yok edilmesinin olası çeşitli nedenleri hakkındaki tartışmalara ve bu anlamda tartışılmaz bir şekilde kamu yararına katkıda bulunmuştur. Her ne kadar söz konusu davada mevzu bahis Katolik Kilisesi tarafından uygulanan ve dini bir niteliği olan bir doktrin olsa da söz konusu makale dini inançlara saldırı niteliğinde ifadeler değil, bir gazeteci ve bir tarihçinin görüşlerini içermektedir. Bu bağlamda, insanlığa karşı suç teşkil eden belli ağırlıktaki fiillerin özgürce tartışılması, demokratik bir toplumun esaslı özelliklerindendir. Mahkeme, tarihsel gerçeğin araştırılmasının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmekte olup, bu tarihsel gerçekler hakkında kendisinin hakemlik görevinin olmadığını hatırlatmaktadır. Kullanılan ifadeler, kırıcı, şok veya rahatsız edici nitelikte olsa da dinsel inançlara saldırı, aşağılama ya da nefrete tahrik mahiyeti taşımamakta, açıkça kanıtlanmış tarihsel gerçeklerden şüphe duyulmasına neden olacak ibareler barındırmamaktadır."

⁸⁷⁸ **Witzsch v. Almanya, Başvuru No: 7485/03, 13.12.2005**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

İHAM, söz konusu davaya ilişkin değerlendirmesini yine Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında yapmıştır. Mahkeme, 17. maddenin, totaliter grupların, Sözleşme'nin temel ilkelerini kendi lehlerine kullanmalarını ve Sözleşme'nin garanti altına aldığı hak ve özgürlüklerin yok edilmesinin engellenmesini amaçladığına değinerek, 10. maddenin 17. madde ile çelişkili bir biçimde uygulanamayacağı kanaatini ifade etmiştir⁸⁷⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki İHAM söz konusu davada başvuranın, görüşlerini geniş kitleler önünde değil, özel bir mektupta ifade ettiği ve herhangi bir kamusal tartışma yaratma kastının olmadığı görüşüne itibar etmemiştir. Mahkeme, söz konusu görüşlerin özel bir mektupla ifade edilmiş olması savunmasını konuyla ilgisiz, kamusal tartışma yaratma kastının olmaması savunmasını ise, davanın kendi koşulları kapsamında şüpheli bulmuştur. Söz konusu dava bu anlamda, Mahkeme'nin insanlık ya da savaş suçları ve özellikle Yahudi soykırımına ilişkin davalarda oldukça hassas olduğunu açık bir şekilde göstermektedir.

Diğer bir dava *Pavel Ivanov v. Rusya* davasıdır. Söz konusu davada başvuran, aylık iki bin adet basılan ve dokuz yüz doksan dokuz adet tirajı bulunan Russkoye Veche adlı gazetenin kurucusu ve yazı işleri müdürüdür. Davaya ilişkin olaylar, başvuranın adı geçen gazetede yayımlanan bir dizi yazıda, Yahudilerin sosyal hayattan dışlanması gerektiği çağrısında bulunması, sosyal, ekonomik ve politik huzursuzlukların ortaya çıkması ile Yahudilerin faaliyetleri arasında bir nedensellik bağının bulunduğunu iddia etmesi ve Yahudi etnik topluluğunu habis olarak tanımlaması üzerine ortaya çıkmıştır. Bu nedenle başvuran, Rus Ceza Kanunu'nun 282/1. maddesinde düzenlenen, alenen etnik, ırksal ve dini nefretin basın yoluyla tahrik edilmesi suçu kapsamında üç yıl boyunca gazetecilik faaliyetlerinde bulunmak ve yayın yapmaktan men edilmiştir⁸⁸⁰.

Belirtmek gerekir ki, başvuranın ceza yargılaması sırasında masumiyetini ileri sürerken, "Siyonist Faşist Yahudi Yöneticilerinin", Rusya'daki tüm kötülüklerin sebebi olduğunu ve güvenilir bilgilerin olmadığı bir ortamda Rus halkının bu kötülüğün sebep ve sonuçlarını

⁸⁷⁹ "Söz konusu dava kapsamında başvuran ne Yahudi soykırımının ne de gaz odalarının varlığını reddetmiştir. Ancak başvuran, Hitler ve NSDAP'nin bu ölümleri planladığı, başlattığı ya da örgütlediği hususunun yanlış ve tarihsel olarak savunulamayacak nitelikte olduğu değerlendirmesini yaparak, soykırım ya da gaz odalarının inkâr edilmesiyle eşit derecede önemli kabul edilebilecek bir durumu reddetmiştir. Başvuranın, Prof. Wolffson'nun görüşlerinin savaş ve savaş sonrası bir propaganda olduğu yönündeki ifadeleri, Hitler ve NSDAP'nin Yahudilerin yok edilmesindeki sorumluluklarının inkâr etmesiyle birlikte değerlendirildiğinde, soykırım mağdurlarını aşağılayıcı niteliktedir. Bu nedenle Mahkeme, başvuran tarafından açıklanan düşüncelerin Sözleşme'nin lafzı ve ruhuna aykırı olduğu görüşündedir. Bu kapsamda başvuranın, Sözleşme'nin 17. maddesi gereğince 10. maddenin korumasından yararlanmaması, yine Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları gereğince, mümkün değildir."

⁸⁸⁰ **Pavel Ivanov v. Rusya, Başvuru No: 35222/04, 20.02.2007**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

öğrenmeyeceklerine inandığını ifade etmiştir. Başvuran yapılan yayınların amacının, “Siyonist Faşist İdeoloji” nedeniyle zarar gören Rus ve Yahudilerin bilinçlendirilmesi olarak açıklamıştır. Diğer yandan başvuran, yargılanması sırasında, yerel mahkemeden “Yahudiler bir ırk mıdır?, Yahudiler bir ulus mudur?, Eğer Yahudiler bir ulussa hangi tarihi süreçten itibaren bir uluslardır? Yahudiler Rusya’da bir ulus mudur yoksa diaspora mıdır?, ‘Ulusal’ sıfatı ya da ‘Ulusal Onur’ kavramı, Yahudi diasporasının bir üyesi bakımından kullanılabilir mi?” sorularını cevaplaması talebinde bulunmuş fakat Mahkeme, herhangi bir ulus, tabiiyet ya da etnik topluluğun üyelerinin, kendilerini belli bir etnik topluluğun üyeleri olarak tanımlamak suretiyle, sahip oldukları milli öz bilinçten kaynaklı bir ulusal onurlarının olduğunu kaydederek bu talebi reddetmiştir.

İHAM söz konusu davada, düşünceyi ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir unsuru olduğunu ve fakat bu özgürlüğün bazı sınırlarının olduğunu tekrar hatırlatarak, davaya konu ifadelerin nefrete tahrik niteliğinde olduğuna hükmetmiştir⁸⁸¹.

“Avrupa Sömürgeleşmesi” başlıklı ve “Göç ve İslam Hakkında Doğru Açıklamalar” alt başlıklı kitabın yayınlanması ardından, söz konusu kitabın yazarı ve editörünün söz konusu kitapta yer alan bir takım ifadeler nedeniyle 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası’nın 23. ve 24. maddelerinde yer alan “Halkın Belli Bir Kesimine Karşı Nefret ve Şiddete Tahrik” suçu gereğince para cezasına mahkûm oldukları ve yayınevının hukuki sorumlu olarak kabul edildiği, *Soulas ve Diğerleri v. Fransa* davasında İHAM, “şiddete tahrik” kapsamında değil, “düşmanlığa tahrik” ve “ırksal ayrımcılık” temelinde değerlendirme yapmıştır⁸⁸².

Söz konusu kitapta başvuran, “ürpertici şehirli gerilla” tarafından etnik savaşın başlatıldığını, Afrika Mağrip gençlik suçluluğunun, ülkenin fethi ve Fransa’da yaşayan Avrupalıların sınır dışı edilmesi için bir araç olduğunu, bunun bir gettolaşma değil sömürü ve fetih olduğunu, söz konusu “yasaya aykırı yerleşim alanların” oluşumunun

⁸⁸¹ “söz konusu davada başvuran, Yahudilerin, Rusya’daki kötülüklerin kaynağı olduğunu ifade eden makaleler yazmış ve yayımlamıştır. Bütün bir etnik topluluğu, Rus halkına karşı komplo düzenlemekle suçlamış ve Yahudi önder/yöneticilerine faşist ideolojiyi atfetmiştir. Gerek yayınlarında ve gerek ise mahkemedeki savunmalarında, Yahudilerin ulusal onur haklarını reddetmiş ve bir ulus olmadıkları iddiasında bulunmuştur. Mahkeme başvuranın görüşlerinin önemli derecede Yahudi karşıtı bir anlamı olduğundan şüphe duymamakta ve yerel mahkemelerin, davaya konu yayınların Yahudilere karşı nefrete tahrik niteliğinde olduğu görüşüne katılmaktadır. Bu şekilde, bir etnik topluluk üzerinde genel nitelikteki ve şiddetli bir saldırı, Sözleşme’nin genel değerleriyle ve özellikle hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yasağıyla çelişmektedir. Bu kapsamda başvuranın, Sözleşme’nin 17. maddesi gereğince 10. maddenin korumasından yararlanması, yine Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları gereğince, mümkün değildir.”

⁸⁸² *Soulas ve Diğerleri v. Fransa*, Başvuru No: 15948/03, 10.07.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

yoksulluktan kaynaklanmasının aksine, bu kişilerin suça bağlı ekonominin getirdiği konforlu bir yaşamdan faydalandıklarını, Avrupa'nın kendi yerli insanların belediyelerde azınlık haline geldiklerini, Şeriat hâkimlerinin vatandaşlık hakkı olduğunu, devletin kanunlarına uygun davranılmadığını ve “Müslüman ve diğer göçmenler” tarafından işletilen binlerce küçük işletmenin kontrolsüz ve yaptırım uygulanmaksızın vergi ve diğer kamusal yükümlülüklerini yerine getirmediklerini ifade etmiştir. Diğer yandan yazar, Fransa'dan başlamak üzere İslam'ın yegâne amacının Avrupa'da politik gücü ele geçirmek ve bir İslam cumhuriyeti kurmak olduğuna, bunun ilk adımının ise, birçok belediyenin İslam partilerinin kontrolü altına alınması olduğuna, aşırı kriminal göçmenlerin, Avrupa tipi bir sosyoekonomik değil, yağmacı ve Fransız karşıtı ırkçı bir zihniyetin parçası olduklarına değinmiştir. Bu tespitlerini ise, Avrupalı kadınlara karşı gerçekleştirdikleri tecavüz ayinleri gibi, işledikleri suçları intikam alma arzusuyla gerekçelendiren Afrika Mağriplerinin “*etnik sivil savaş*” fiillerine bağlamıştır. Avrupa'nın üçüncü dünya ülkeleri tarafından sömürgeleştirildiğine dikkat çeken yazar, bazı çözüm önerileri sunmakta ve “*eğer etnik bir sivil savaş patlarsa, çaresi bulunacaktır*” ifadelerine yer vermektedir. Söz konusu çözüm önerisini ise, gençlik içerisinde yeni savaşçılardan oluşacak aktif bir çekirdek kadronun oluşturulması olarak açıklamaktadır.

İHAM, söz konusu davada, yerel mahkemenin, kitapta baş düşman olarak tanımlanmış topluluğa karşı okuyucuda reddetme ve düşmanlık duygusunu teşvik etme amacını taşıdığı gerekçesine de dayanarak, 10. maddenin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır⁸⁸³.

Belçika'daki Ulusal Cephe (National Front) adlı siyasi partinin başkanı ve milletvekili olan başvuran Daniel Féret'in, partisinin, seçim kampanyası sırasında “*Belçika'nın İslamlaştırılmasına karşı çıkın*”, “*Düzmece entegrasyon politikasına son verin*” ve “*Avrupalı olmayan iş arayanları evlerine gönderin*” gibi sloganlar içeren ve diğer yandan Avrupalı olmayan göçmenleri kriminal zihinli ve Belçika'da yaşamının getirdiği yararları sömürmeye istekli ve bundan zevk alan kişiler olarak tasvir eden poster ve el ilanları dağıtması sonrasında, bu el ilanlarının yazarı ve editörünün kendisi olması nedeniyle hakkında açılan ceza davasında on ay ertelenmiş hürriyeti bağlayıcı ceza yanında

⁸⁸³ “Yazar kitapta, Avrupa kıtasının, medeniyetin yok olabileceği nitelikte bir kaos içine battığını belirtmekte ve Avrupalıların bilinçsizliği ve heterojen ve çok etnikli toplum ütopyasını kınamaktadır. Mahkeme, kitaptaki bazı metinlerin, hedef topluluk hakkında olumsuz bir imaj çizdiğini kaydetmektedir. Yazı biçimi zaman zaman şiddetli olup, göçün etkileri felaket şeklinde sunulmuştur... Mahkeme, Sözleşme dışındaki birçok uluslararası belge kapsamında da ırk üstünlüğü ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılması yasağının, düşünceyi ifade özgürlüğü ile çelişmediğini hatırlatmaktadır.”

göçmenlerin entegrasyonu ile ilgili olarak iki yüz elli saat kamu hizmeti yerine getirmesine ve on yıl boyunca milletvekili seçilmeye hakkının kısıtlanmasına hükmedildiği *Féret v. Belçika* davasında İHAM⁸⁸⁴, politikacıların kamuya kendilerini ifade ederken, hoşgörüsüzlüğe teşvik edecek yorumlardan kaçınmasının oldukça kritik bir öneme sahip olduğuna değinerek, el ilanlarındaki ifadelerin, şok, rahatsız edici ve kırıncı olmasından da öte ayrımcılığa ve ırksal nefrete tahrik içerdiğine hükmetmiştir⁸⁸⁵.

Ulusal Cephe Partisi başkanı Jean Marie Le Pen'in Le Monde Gazetesiyle yaptığı bir röportajda, Fransa'da yaşayan Müslümanlar hakkında dile getirdiği “sayılarının 5 milyon değil de 25 milyon olduğu gün Fransa'yı onlar yönetiyor olacak” ifadesi nedeniyle bir grup insanın kökeni veya etnik grup, ulus, ırk veya din gibi spesifik bir gruba üye olma veya olmamaya dayalı olarak ayrımcılık, nefret ve şiddete tahrik ettiği gerekçesiyle hakkında, 10.000 euro para cezasına hükmedildiği *Le Pen v. Fransa* davasında ise İHAM'a göre⁸⁸⁶, Le Pen'in açıklamaları bir bütün olarak Müslüman topluluğa karşı dışlama ve düşmanlık hislerini güçlendirici nitelikte olduğundan, başvuru kabul edilemez niteliktedir⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ **Féret v. Belçika, Başvuru No: 15615/07, 16.7.2009**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2016).

⁸⁸⁵ “Avrupa Konseyi mevzuatında da belirtildiği üzere, ırk ayrımcılığının her türüyle mücadele son derece önem arz etmektedir. Nefrete tahrik, salt şiddete ya da diğer suçların işlenmesine çağrıda bulunmayı kapsamamaktadır. Halkın bir kesiminin aşağılanması, alay ya da hakaret edilmesi veya bu kesime karşı ayrımcılığa tahrikte bulunulması da nefret söylemiyle mücadele bakımından, bu kesimin insan onurunu ya da güvenliğini ihlal edecek şekilde düşünceyi ifade özgürlüğünün bu denli sorumsuz bir şekilde kullanılması karşısında, ulusal otoriteler tarafından yeterli görülebilir. Din, etnik köken ya da kültürel temelli nefret içeren politik konuşmalar, demokratik devletlerde politik istikrara ve kamu barışına karşı tehdit oluştururlar. Söz konusu davada, başvuranın bir parlamento üyesi olması, hafifletici bir hal olarak değerlendirilemez. Zira politikacıların kamuya kendilerini ifade ederken, hoşgörüsüzlüğe teşvik edecek yorumlardan kaçınması oldukça kritik bir öneme sahiptir. Amaçları hükümet etmek olan politikacıların görevi demokrasi ve onun ilkelerini savunmaktır... Yabancıların dışlanmasını teşvik etmek, bu kimselerin temel haklarına bir saldırı teşkil etmekle birlikte, politikacılar da dâhil olmak üzere herkesin bu hususa özellikle dikkat etmesi gerekmektedir. Söz konusu davada, siyasi parti tarafından dağıtılan el ilanları, bir seçim kampanyası sırasında, neredeyse tüm nüfus denebilecek genişlikte seçmene ulaşma amacıyla dağıtılmıştır. Siyasi partiler oy toplamak için düşünceyi ifade özgürlüğünü geniş bir şekilde kullanabilirlerse de ırkçı ve yabancı düşmanı yorumlar içeren bu tür seçim söylemleri, nefreti ve hoşgörüsüzlüğü alevlendirmeye yardım etmekte ve bu tip konuşmaların etkisi daha kötü ve zararlı bir şekilde büyümektedir. Politik söylemler, milletvekili dokunulmazlığı ve parlamentoda ifade edilen düşüncelerin soruşturmaya tabi olmaması yoluyla yüksek bir korumayı gerektirmektedir. Siyasi partilerin, toplumun bir kısmını şok ya da rahatsız eden veya inciten düşünceleri kamuoyu önünde savunmak hakları vardır. Bu anlamda siyasi partiler, göçe bağlı olarak ortaya çıkan sorunlar hakkında çözüm önerileri sunabilirler. Ancak partiler bunu, barışçıl toplumsal iklimle uyumlu olmayan reaksiyonları tetikleyecek şekilde ve insanların demokratik kurumlara olan güvenine zarar vermeden gerçekleştirebilirler. Davaya konu olan el ilanlarının incelenmesi göstermiştir ki, bu el ilanlarında kullanılan ifadeler, seçim kampanyasıyla üzeri örtülemeyecek nitelikte ayrımcılığa ve ırksal nefrete tahrik içermektedir. Bu nedenle, başvuranın düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından yerel mahkemelerin sundukları gerekçeler, kamu düzeninin ve başkalarının, dava özelinde göçmenlerin, haklarının korunması baskın toplumsal ihtiyacı kapsamında ilgili ve yeterlidir. Bu nedenle söz konusu sınırlama, demokratik bir toplumda gereklidir.”

⁸⁸⁶ **Le Pen v. Fransa, Başvuru No: 18788/09, 07.05.2010**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2016).

⁸⁸⁷ “...kamu yararına ilişkin bir mesele hakkında bir tartışmada bulunan kimse, başkalarının itibarı ve haklarına saygılı olmak koşuluyla mübalağa ve hatta provakatif söylemlere başvurabilir. Bu davada olduğu gibi, başvuranın kendisine oy verenleri temsil ettiği seçilmiş bir temsilci olduğu Mahkeme, düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda daha sıkı bir değerlendirme yapmaktadır. Başvuranın ifadeleri, ev sahibi ülkelerde göçmenlerin yerleşim ve entegrasyonlarıyla bağlantılı sorunlarına ilişkin genel bir tartışmadır. Diğer yandan, ilgili sorunun, zaman zaman yanlış anlamalar ve anlayışsızlıklar meydana getirebilen çeşitli boyutları, düşünceyi ifade özgürlüğüne müdahalenin gerekliliği

Diğer bir dava, *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç* davasıdır. Söz konusu davaya konu olaylar, başvuranların lisede dağıttıkları yüz adet el ilanında, eşcinsellere ilişkin saldırgan ifadeler içermesi nedeniyle mahkûm olmaları şeklinde gelişmiştir. Başvuranlar Ulusal Gençlik adında bir örgütün hazırladığı ilanları öğrencilerin dolaplarının içine ve üzerine koymak suretiyle dağıtmışlardır⁸⁸⁸.

Söz konusu ilanda, “*Birkaç on yıldır toplum, eşcinsellik ve diğer sapkın cinsel eğilimleri reddetme fikrinden vazgeçmiş, bu sapkın cinsel eğilimleri kucaklamıştır. İsveç karşıtı öğretmenleriniz, eşcinselliğin toplumdaki ahlaki yıkıcılığını çok iyi bilmekte ve sanki bu durum normal ve iyi bir şeymiş gibi yansıtmaktadırlar. Onlara, eşcinselliğin HIV ve AIDS’in yayılmasından sorumlu olduğunu ve eşcinsellerin yaşam tarzının modern çağın vebasının ana nedeni olduğunu anlatın. Onlara, eşcinsel örgütlerin pedofiliyi önemsizleştirmeye çalıştıklarını ve bu sapkın eğilimi yasallaştırma talebinde bulunduklarını anlatın.*” ifadelerine yer verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki başvuranlar, İsveç Ceza Kanunu’nun 16. Bölümünün 8. maddesinde düzenlenen “*Milli veya Etnik Bir Topluluğa Karşı Tahrik*” suçu nedeniyle mahkûm olmuşlardır. Söz konusu suçun eşcinsellere karşı işlenmesi de 1 Ocak 2003 tarihli Kanunla madde kapsamına alınmış olduğundan, somut olayda kanunilik ilkesi ve bu anlamda “*kanunen öngörülebilirlik*” bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Burada İHAM tarafından tahrik unsuru barındıran herhangi bir fiile rastlanmamış olmakla birlikte, suç tipi milliyet, etnik köken, ırk, renk, dini inanç ya da cinsel yönelim bakımından bir kısım insanın aşağılanması/tahkir edilmesi fiilini de suç olarak öngörmüş olduğundan, Mahkeme değerlendirmesini bu yönde yapmış ve el ilanlarındaki ifadelerin nefret söylemi kapsamında olduğuna hükmetmiştir⁸⁸⁹.

değerlendirilirken, üye devlete bırakılacak kayda değer bir serbestlik sağlanmasını gerektirmiştir. Söz konusu davada, başvuranın yorumları bir bütün olarak Müslüman topluluğa karşı dışlama ve düşmanlık hislerini güçlendirici niteliktedir. Başvuran, söz konusu topluluğun hızla büyümesini, Fransız halkının güvenliğine ve bütünlüğüne halihazırda potansiyel bir tehdit olarak göstermiştir. Bu nedenle, başvuranı mahkûm etmek için yerel mahkemeler tarafından verilen gerekçeler ilgili ve yeterlidir. Ayrıca, verilen ceza da orantısız değildir. Mahkeme, bu nedenle başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına dair yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir.”

⁸⁸⁸ *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç*, Başvuru No: 1813/07, 09.02.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

⁸⁸⁹ “*her ne kadar el ilanlarının dağıtılma amacı, İsveç okullarında objektif nitelikte bir eğitimin eksikliği konusunda bir tartışma yaratmak olsa da el ilanlarının içeriğinde kullanılan ifadelerle dikkat etmek gerekmektedir. Nitekim Mahkeme el ilanlarına göre eşcinselliğin, ‘toplumun ahlaki yapısı üzerinde yıkıcı bir etkisi olan sapkın cinsel bir eğilim’ olduğunu gözlemlemiştir. Diğer yandan el ilanlarında eşcinselliğin, HIV ve AIDS’in ana nedeni olduğu ve eşcinsel örgütlerin pedofiliyi önemsizleştirmeye çalıştıkları ileri sürülmüştür. Her ne kadar söz konusu ifadeler, kişileri nefret temelli fiiller işlemesi hususunda öğütlemiyorsa da oldukça ciddi ve önyargılı ifadelerdir. Dahası Mahkeme, nefrete tahrikin salt şiddete ya da diğer suçların işlenmesine çağrıda bulunmayı kapsamadığını vurgulamaktadır. Halkın bir kesimine karşı, aşağılamak, alay*

Diğer bir dava Peta v. Almanya davasıdır. Söz konusu davada, Hayvanlara Etik Muamele Topluluğu adında bir hayvan hakları hareketi olan topluluk, Almanya’da “*Tabağınızdaki Soykırım*” başlıklı bir poster kampanyası başlatmış ve daha önce başka ülkelerde de yapılmış olan kampanya, seri üretim fabrikalarındaki hayvanların resimlerinin İkinci Dünya Savaşındaki toplama kamplarından görüntüler içeren resimlerle yan yana koyulduğu bir posterle sunulmuştur. Ayrıca söz konusu posterde, “*iş hayvanlara gelince, herkes bir Nazi*” ve “*1938 ile 1945 yılları arasında on iki milyon insan soykırımında öldürülmüştür. Birçok hayvan da Avrupa’da insanlar tüketsin diye her saat öldürülüyor*” ifadelerine yer verilmiştir. Bunun üzerine Alman Merkez Yahudi Konseyi başkan ve iki yardımcı başkanını posterlerin, incitici, insan onurunu zedeleyici, kaybettikleri aile üyelerinin kişisel haklarını ihlal edici ve Yahudi topluluğunu aşağılayıcı nitelikte olduğunu savunmak suretiyle, internette, kamuya açık bir sergide ya da diğer herhangi bir şekilde yayınlanmasının engellenmesi için Berlin İdare Mahkemesi’nden talepte bulunmuştur. Söz konusu talep kabul edilmiş ve dava önüne gelen Federal Anayasa Mahkemesi de söz konusu sınırlamanın makul ve düşüncüyü ifade özgürlüğünün getirdiği görev ve sorumluluklara uygun olduğunu ifade etmiştir⁸⁹⁰.

İHAM söz konusu davada, “*nefrete tahrik*” kapsamında bir değerlendirme yapmamış ve konuyu bu kapsamda ele almamış olmasına rağmen, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkeme’ye göre, dava konusu olaylar Almanya’nın geçmişi dâhilinde değerlendirilmelidir.

Değinmek istediğimiz son dava *Fáber v. Macaristan* davasıdır. Söz konusu davaya ilişkin olaylar, 2007 yılında Macaristan Sosyalist Partisi’nin (MSZP) ırkçılık ve nefrete karşı Budapeşte’de protesto gösterisi düzenlemesi ve eş zamanlı olarak Jobbik (sağ kanat siyasi parti) üyelerinin bu gösteriye yakın bir alanda, yapılan gösteriye karşı, karşıt görüşlerini açıklamak üzere toplanmaları, bu esnada başvuranın MSZP gösterisine yüz metreden az uzaklıkta bir yerde, her hangi bir sözlü ya da fiili bir davranışı olmaksızın, 1944/45 Arrow Cross rejimi döneminde birçok Yahudi’nin öldürüldüğü Tuna nehri seti basamaklarında çizgili Árpád bayrağı taşıdığının yakınlarda duran bir polis tarafından

etmek ya da kötülemek şeklinde saldırıda bulunması da ulusal otoriteler tarafından, düşüncüyü ifade özgürlüğünün bu denli sorumsuz bir şekilde kullanılması karşısında nefret söylemiyle mücadele için yeterli görülebilir niteliktedir.”

⁸⁹⁰ **Peta v. Almanya, Başvuru No: 43481/09, 08.11.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).**

gözlemlenmesi, kendisinden talep edilmesine rağmen söz konusu bayrağı aşağı indirmeyi reddetmesi ve bu nedenle para cezasına mahkûm edilmesi şeklinde gelişmiştir⁸⁹¹.

Söz konusu davada Mahkeme, başvuranın Árpád bayrağı taşımasını Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından değerlendirmiş, bayrağın politik amaçla taşınması nedeniyle nefrete tahrik olmadığına hükmetmiştir⁸⁹². Ancak Mahkeme'ye göre, kullanılan sembolün anlamı kullanıldığı yer ve zaman göre değişebilir. Benzer düşünceler, kullanıldıkları yer ve zaman nedeniyle savaş suçlarının, insanlığa karşı suçların ve soykırım övülmesi için de geçerlidir. Bu tür durumlarda ise, düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılması mümkündür.

d. Değerlendirme

Yukarıda değindiğimiz kararlar kapsamında, İHAM'nin inceleme konumuza yaklaşımına ilişkin şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür;

1) TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen "*Halkın Belli Bir Kesimini Aşağılama Suçu*", İHAM kararlarında genel olarak "*düşmanlığa tahrik*", "*nefrete tahrik*" ve "*ırksal ayrımcılık*" yahut "*ırksal ayrımcılığa tahrik*" kapsamında ele alınmaktadır. Bu anlamda, Yahudi soykırımını (Holocaust) inkâr eden, Nazi yanlısı politikaları savunan, tüm Müslümanları ağır bir terörist eylemle ilişkilendiren, din, ırk, etnik köken ya da cinsel yönelim gibi bazı farklı özelliklere sahip olan toplulukların, toplumdan dışlanması, bulundukları ülkeden gönderilmesi, bulundukları ülkelerdeki sorunların nedeni olarak gösterilmesi veya bu toplulukların hızla büyümesinin, bulundukları ülkenin halkının güvenliğine ve bütünlüğüne potansiyel bir tehdit olarak gösterilmesi niteliğindeki düşünce ifadeleri, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunabilecek nitelikte ifadeler değildir.

⁸⁹¹ **Fáber v. Macaristan, Başvuru No: 40721/08, 24.07.2012**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 13.11.2016).

⁸⁹² "*Kanuna ve bilirkışı düşüncesine göre söz konusu sembol, tarihi bir Macaristan bayrağıdır. Mahkeme'ye göre ise, bir nesnenin teşhir edilmesinin anlamı, somut olayın özelliklerine bağlıdır. MSZP tarafından düzenlenen gösterinin amacı, diğer amaçların yanında, sıkça Árpád- çizgili ya da buna benzer bayrakları kullanan aşırı sağcı hareketlerin hoşgöründen yoksun görüşlerini protesto etmektir. Başvuranın bu bayrağı, MSZP gösterisinde ifade edilen görüşlere katılmadığı şeklindeki politik görüşünü açıklamak için kullandığı kabul edilmelidir. Zira başvuranın 'faşist' olarak nitelendirilmesi, bu fiilin göstericiler tarafından politik bir düşüncenin ifadesi olarak algılandığını göstermektedir... Diğer yandan eğer bir sembolün teşhir edilmesinin sınırlandırılması, kamu düzenini bozmaya elverişliyse veya polis müdahalesini gerektiriyorsa 10. maddenin 2. fıkrasıyla uyumludur... Mahkeme, sınırlamanın 'baskın bir toplumsal ihtiyacı' karşılayıp karşılamadığı ve 'orantılı' olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından, sembolün birden fazla anlam ifade etmesi, teşhir edildiği yer ve zaman gibi hususların önemli bir rol oynadığını belirtmektedir... Bazı göstericiler bu bayrağı incitici, şok edici ve hatta faşist addetmiş olsalar da Mahkeme'ye göre salt bir bayrağın teşhir edilmesi kamu düzenini bozmaya ve göstericilerin toplantı haklarını kullanmalarını engellemeye elverişli olmadığı gibi ne korkutucu/sindiricidir ne de gösteriye katılan kişilere karşı köklü bir nefreti aşılamak suretiyle şiddete tahrik etmeye elverişlidir. Bu kapsamda, bayrağın da yasadışı olmaması göz önünde bulundurularak, 10. maddenin 2. fıkrası kapsamında 'baskın bir toplumsal ihtiyacın' varlığı söz konusu değildir."*

Mahkeme'nin bu yönde bir kanaate ulaşmasındaki temel sebep, nefret söylemi olarak nitelendirilebilecek ifadelerin, hem kişisel hem de toplumsal bir takım olumsuz etkilerinin olmasıdır. Zira bu nitelikteki ifadeler, birey bakımından kişi onur ve güvenliğini ihlal edici nitelikte olduğu gibi toplumsal bakımdan nefret söyleminin yaygınlaşarak nefret temelli davranış, ayrımcılık ya da şiddetin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bu ise, hedef topluluğun toplumsal konumuna zarar verebilir ya da toplumsal dengeyi tehdit edebilir. Nitekim İHAM *Féret v. Belçika* davasında, başvuranın ifadelerinin açık bir şekilde özellikle toplumun daha az bilgili üyeleri arasında yabancılara karşı güvensizlik, reddetme ve hatta nefret uyandırma potansiyeline sahip olduğunu ve *Le Pen v. Fransa* davasında başvuranın yorumlarını bir bütün olarak Müslüman topluluğa karşı dışlama ve düşmanlık hislerini güçlendirici bulunduğunu ifade ederek bu hususu açıkça dile getirmiştir⁸⁹³. Bu kapsamda İHAM, kişisel çıkarlar ile toplumsal çıkarların dengelenmesi bakımından, düşünceyi ifade özgürlüğü ile insan onuru ve eşitlik fikri arasında bir ahenk oluşturmaya çalışmakta, bunu yaparken ise nefret temelli ifadeleri Sözleşme'nin koruma kapsamında görmemekte ve toplum odaklı bir yaklaşım sergilemektedir⁸⁹⁴.

2) Mahkeme'ye göre, her ne kadar yukarıda bahsettiğimiz kapsamdaki ifadeler, kişileri nefret temelli fiiller işlemesi hususunda öğütlemiyorsa da oldukça ciddi ve önyargılı ifadelerdir. Dahası İHAM, nefrete tahrikin salt şiddete ya da diğer suçların işlenmesine çağrıda bulunmayı kapsamadığını vurgulamakta, halkın bir kesimine karşı, aşağılamak, alay etmek ya da kötülemek şeklinde saldırıda bulunulmasını da düşünceyi ifade özgürlüğünün bu denli sorumsuz bir şekilde kullanılması karşısında nefret söylemiyle mücadele için ulusal otoriteler tarafından yeterli görülebileceğini ifade etmektedir. Bu kapsamda Yahudi soykırımının inkârı, önemsizleştirilmesi, inkâr edilmese bile örneğin gaz odalarının varlığının reddedilmesi veya olmadığının bilimsel açıdan ispat edilmeye çalışılması yahut Nazi rejiminin Yahudileri öldürme kastının olmadığını içeren ifadeler kullanılması, bir ırkın aşağılanması/tahkir edilmesinin ve onlara karşı nefrete tahrikin en ciddi şeklini oluşturmaktadır. Hatta Mahkeme bu konuda o denli hassastır ki, *Witzsch v. Almanya* davasında olduğu gibi, başvuranın düşüncelerini kamuya yaymaksızın özel bir mektupla ifade etmesi bile mahkûmiyete gerekçe olabilmektedir.

⁸⁹³ SOTTIAUX, 'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence, s. 47, 48.

⁸⁹⁴ SOTTIAUX, 'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence, s. 42.

Diğer yandan ırk bakımından farklı bir topluluğun insan değil hayvan olduğunun ifade edilmesi, giysilerinin ve konuştuğu dilin aşağılanması/tahkir edilmesi yahut bu topluluğun uyuşturucu satıcılığıyla ilişkilendirilmesi, eşcinselliğin sapkın bir eğilim olduğunun ve bu sapkın eğilimin HIV ve AIDS'in ana nedeni olduğunun ifade edilmesi de aşağılama/tahkir niteliğindeki ifadelerdir. Fakat *Klein v. Slovakya* davasında olduğu gibi, doğrudan bir şahsa yönelen (Başpiskopos) aşağılama/tahkir niteliğindeki ifadeler, belli bir dine inanların (Hristiyan inancını benimseyenler) aşağılanması/tahkir edilmesi olarak kabul edilemez. Yine *Giniewski v. Fransa* kararında olduğu gibi, Papa tarafından yayımlanan bir tamimde savunulan doktrinin, Yahudi soykırımı ile ilişkisine dair eleştirel açıklamalar yapmak, tüm Hristiyanlığı kapsayacak şekilde yorumlanamayacağı gibi dinsel inançlara saldırı, aşağılama ya da nefrete tahrik mahiyeti de taşımamaktadır.

Bu kapsamda yaptığımız tespitler, İHAM'nin yukarıda incelediğimiz kararları neticesinde ulaştığımız kanaatler olup, Mahkeme'nin "*hoşgörüsüzlüğe dayanan nefret*" yahut "*aşağılayıcı ifade*"den kastının ne olduğunu kararlarında açıkça tanımladığını ifade etmek mümkün değildir. Ancak Mahkeme'nin bu değerlendirmeyi üç adımda gerçekleştirdiği söylenebilir. İlk olarak Mahkeme, ifade edilen düşüncenin içerdiği mesajı dikkate almakta ve ifadelerin, yabancı düşmanı, islamofobik, ayrımcı olup olmadığını ve hakaret veya zarar verme amacı taşıyıp taşımadığını incelemektedir. İkinci olarak, kullanılan ifadelerin, hedef topluluğu dışlama, düşmanlık veya nefret duygularını aşılama ya da uyandırma tabiatına sahip olup olmadığını gözlemlemektedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, kullanılan ifadelerin toplumun bir kesimini, bu topluluğa karşı nefret ya da ayrımcı fiiller işlemeye ikna etmeye "*eğilimli*" olup olmadığını değerlendirmektedir. Üçüncü ve son olarak ise İHAM, bu "*eğilimden*" düşüncesini ifade eden kişinin nefret ve ayrımcılığa tahrik "*kastını*" belirlemektedir. Bir diğer ifadeyle, hem düşüncesini ifade eden kişinin kastı ve hem de fiilinin olası sonuçları, kullanılan sözcüklerin eğilimine göre belirlenmek suretiyle⁸⁹⁵ Amerikan uygulamasında oldukça uzun zaman önce terkedilmiş olan "*kötülük eğilimi teorisi*"ne benzer bir yorum şekli benimsenmektedir.

3) İHAM'nin bir ifadeyi "*düşmanlığa tahrik*", "*nefrete tahrik*" ve "*ırksal ayrımcılık*" yahut "*ırksal ayrımcılığa tahrik*" kapsamında değerlendirirken üzerinde durduğu diğer bir husus, söylem sahibinin amacıdır. Zira Mahkeme, söz konusu ırkçı, nefret içerikli,

⁸⁹⁵ SOTTIAUX, 'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence, s. 53.

düşmanca ve hoşgörüsüz nitelendirilebilecek fikirlerin, kasıtlı olarak mı yayılmaya çalışıldığı, yoksa kamu yararına bir konu hakkında halkın bilgilendirilmeye mi çalıştığına dikkat etmektedir. Nitekim, kendilerini Yeşil Ceketliler (Greenjackets) diye adlandıran ırkçı bir grupla yapılan röportajların, belgesel haline getirildiği *Jersild v. Danimarka* davasında Mahkeme, başvuranın ırkçı bir gruba yardım ve yataklık etmesi nedeniyle mahkum olması bakımından, “*Greenjackets*” grubunun üyeleri ile bu grubu oluşturan gençleri ortaya çıkarmak, analiz etmek ve açıklamak ve ayrıca “*toplumda halihazırda büyük kaygılar uyandırmış bir konunun spesifik boyutlarına*” değinmek amacıyla olan Bay Jersild arasında bir ayırım yapmış, başvurucunun, ırkçı görüş ve fikirleri yaymayı değil, bir toplumsal sorun hakkında kamuoyunu bilgilendirmeyi amaçladığına değinerek 10. madde kapsamında, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Ancak *Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda*, *Marais v. Fransa*, *Roger Garaudy v. Fransa*, *Norwood v. Birleşik Krallık*, *Witzsch v. Almanya*, *Pavel Ivanov v. Rusya*, *Le Pen v. Fransa* davalarında başvuranların amaçlarını “*Sözleşme’deki haklarını, diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasını yok etme amacıyla kullanılması*” olarak kabul ederek, başvuruları Sözleşme’nin 17. maddesine dayanarak kabul edilemez bulmuştur.

Bu anlamda İHAM’nin, aşağılama/tahkir niteliğindeki ifadeleri, ırkçı, nefret içerikli, düşmanca ve hoşgörüsüz nitelendirilebilecek fikirleri, demokratik olmayan yöntemlerin kullanıldığı, şiddeti tahrik eden veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan kaldırmayı hedefleyen yahut totaliter ideolojiyi savunan ya da totaliter amaçları olan eylemleri, genel olarak Sözleşme’nin 17. maddesi kapsamında değerlendirdiğini ve bu anlamda Sözleşme’nin koruma kapsamına dâhil olmadığını kabul ettiğini ifade etmek mümkündür. Zira Mahkeme 17. maddeye, ırkçı, yabancı düşmanı, Yahudi aleyhtarı söylemleri, soykırımının reddedilmesi, doğruluğunun tartışılması, inkârı, önemsizleştirilmesi ya da onaylanması gibi ifadelerin, 10. maddenin kapsamına dâhil olmadığını garanti altına almak için başvurmuştur. Öte yandan Mahkeme’nin, *Soulas ve Diğerleri v. Fransa*, *Féret v. Belçika* ve *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç* davalarında, davaya konu fiiller, yukarıda belirttiğimiz davalara benzer ağırlıkta olmasına rağmen, davaya konu olayların 17. madde kapsamında değerlendirilebilecek ağırlıkta olmaması gerekçesiyle, doğrudan Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında inceleme yaptığı bazı davalar da bulunmaktadır.

4) Dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus İHAM'nin *Fáber v. Macaristan* davasında sergilediği yaklaşım tarzıdır. Zira Mahkeme, Yahudi soykırımına ilişkin davalarda oldukça hassas olmasına ve bu tür fiilleri bir ırkın aşağılanması/tahkirinin en ciddi şekli olarak görmesine rağmen, söz konusu davada Arrow Cross rejimi döneminde birçok Yahudi'nin öldürüldüğü Tuna nehri seti basamaklarında çizgili Árpád bayrağı taşıyan başvuranın fiilini, ne korkutucu/sindirici ne de gösteriye katılan kişilere karşı köklü bir nefreti aşılacak suretiyle şiddete tahrik etmeye elverişli olduğuna hükmetmiştir. İHAM'nin *Fáber v. Macaristan* davasında söz konusu yaklaşımı benimsemesinin sebebi, kendisinin de kararında belirttiği üzere, MSZP tarafından düzenlenen gösterinin amacının, diğer amaçların yanında, sıkça Árpád- çizgili ya da buna benzer bayrakları kullanan aşırı sağcı hareketlerin hoşgöründen yoksun görüşlerini protesto etmektir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, başvuranın kullanılması ülke yasalarına göre yasaklanmayan ve aynı zamanda birden fazla anlam ifade eden bu bayrağı, kullanıldıkları yer ve zaman bakımından savaş suçlarının, insanlığa karşı suçların ve soykırımın övülmesi amacıyla değil, MSZP gösterisinde ifade edilen görüşlere katılmadığı şeklindeki politik görüşünü açıklamak için kullandığı kabul edilmelidir. Şu halde, söz konusu dava bakımından, bir ırkı aşağılama/tahkir niteliğinde bir fiilin işlenmesi söz konusu değildir.

2. Netice

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde belirttiğimiz üzere, suçun unsurlarından netice bakımından kanaatimiz, suçun oluşabilmesi için kanun koyucunun ortaya çıkabilecek bu neticelere ceza hukuku anlamında bir değer yüklemesi, suç tipinde gösterdiği fiilden ayrı bir neticeyi unsur olarak suç tipinde öngörmesi gerektiğidir. Şu halde biz, neticeyi, hareketten ayrı olarak ele almakta ve neticesiz suçların da olabileceğini kabul etmekteyiz.

Bu bilgiler ışığında, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun neticesiz bir suç olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira kanun koyucu, suçun oluşması bakımından hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesini aramamıştır. Bu anlamda suçun tamamlanması için, aşağılama neticesinde ayrıca psikolojik olarak kin ve nefret duygularının oluşması veyahut kamu barışının bozulması aranmaz; hareketin (aşağılamanın) yapılmasıyla birlikte suç oluşur.

3. Fail

5237 sayılı TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında fail, "*Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi*" olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda suçun faili, madde metninde belirtilen aşağılama fiilini işleyen herkes olabilir. Bir başka ifadeyle fail, kamu görevlisi sıfatına sahip olan ya da olmayan herhangi bir kişi olabilir. Bu kapsamda, halkın bir kesimini aşağılama suçunun failinin kamu görevlisi olması, cezanın artırılmasına neden olan bir nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Ancak koşulları var ise, TCK'nun 266. maddesinde yer alan "*Kamu Görevine Ait Araç ve Gereçleri Suçta Kullanma*" suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür.

Halkın bir kesimini aşağılama suçunun failinin, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri olması halinde ise, cezanın artırılması mümkündür. Zira TCK'nun "*Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma*" başlıklı 219. maddesinin 4. fıkrasında, "*Bunlardan biri dini sıfatından istifade ederek, birinci fıkrafta yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı olan ceza ile mahkûm olur.*" hükmüne yer verilmiştir.

Suçun faili tek bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kimse de olabilir. Failin birden fazla olması durumunda sorumluluk, iştirak kurallarına göre belirlenecektir. Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde ise, daha önce halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda incelediğimiz üzere sorumluluk, ilgili kanun hükümlerine ve bu kanunların benimsediği sorumluluk sistemine göre çözülecektir⁸⁹⁶.

4. Mağdur

Suçun mağduru, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip olan ve bu özellikleri nedeniyle aşağılanan halk kesimidir. Bu nedenle, suçun oluşabilmesi, aşağılamanın, halkın bir kesiminin sahip olduğu bu özellikler hedef alınmak suretiyle işlenmesine bağlıdır.

Halk ve halkın bir kesimi kavramlarına 216. maddenin 1. fıkrası kapsamında yer verdiğimizden, burada ayrıca değinmek istemiyoruz⁸⁹⁷. Ancak dikkat çekmek istediğimiz husus, sadece belli kişiler ve halkın bir kesimi olarak nitelendirilemeyecek nicelikte

⁸⁹⁶ Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 261 vd.

⁸⁹⁷ Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 66 vd.

toplulukların TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. Böyle bir olasılıkta, koşulları varsa TCK'nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçuna ilişkin hükümlere başvurulabilmesi mümkün olacaktır.

Diğer bir husustipiklikte yer alan alenen aşağılamanın, din farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı dinlere mensup, ırk farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı ırklara mensup, sınıf farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı sınıflara mensup, mezhep farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı mezheplere mensup, cinsiyet farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından farklı cinsiyetlere mensup ve bölge farklılığına dayanarak işlenmesi bakımından ise, farklı bölgelere mensup halk kesimlerine yönelmiş olmasına bağlı olduğudur. Zira madde metninde kanun koyucu, halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından aşağılanmasını değil, bu özellikler farklılığına dayanarak aşağılanmasını aramıştır. Bu kapsamda fail ile mağdurun, madde metni kapsamında sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bulunması zaruridir.

5. Konu

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda değindiğimiz üzere, suçun konusu, suç teşkil eden fiilin yöneldiği kişi veya şeydir. Bu anlamda failin fiili, ya bir eşyanın ya da bir şahsın fiziki, maddi yahut manevi varlığına yönelik olabilir. Ancak önem arz eden husus, kimi suçlarda, suçun konusu ile mağdurun iç içe olabileceği ve fakat her hâlükârda mağdurun, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan, suçun konusunun sahibi olan kimse olduğudur⁸⁹⁸.

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun mağduru, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından halkın farklı özelliklerine sahip bir kesimi iken, suçun konusu, bu kesimin onurudur. Zira aşağılama fiili, bu kesimin manevi varlığına yöneliktir. Kamu barışı ise, bu suç tipi bakımından suçun konusu olarak değil, korunan hukuki değer olarak nitelendirilebilir. Zira suç teşkil eden fiil, hareketin konusunu gerçekten ihlal ederken, hukuki değerler, sosyal düzenin hukuken korunan soyut, ideal değerleri olarak esasen suçun konusunun şahsında failin saldırısına maruz kalabilirler fakat gerçek manada ihlal edilemezler⁸⁹⁹.

⁸⁹⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 285.

⁸⁹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 108.

Diğer yandan kanun koyucu, TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında, suçun konusunun fiilden etkileniş şekline göre, bir tehlike suçu düzenlemesine yer vermiştir. Zira madde metninde aşağılamanın halk kesiminin saygınlığını, onurunu zedelemesi şeklinde bir zarar aranmayıp, bu değerlerin zarar görme ihtimalini doğurması yeterli görülmektedir⁹⁰⁰.

Bir diğer husus, halkın bir kesiminin alenen aşağılanması suçunun, somut değil, soyut tehlike suçu olduğudur. Zira daha öncede üzerinde durduğumuz üzere soyut tehlike suçları, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin işlenmesinin, o suçun oluşması bakımından yeterli görüldüğü, bir başka ifadeyle tipe uygun fiilin işlenmesiyle gerçekleşen suç tipleridir. Kanun koyucu suç tipinde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda olduğu gibi, kamu güvenliği bakımından bir tehlikenin ortaya çıkmasını aramamış, hâkime böyle bir araştırma yükümlülüğü yüklememiştir. Bu anlamda halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunda aşağılama fiilinin, suçun konusu bakımından genel olarak tehlikeli kabul edildiğini ve hâkimin somut olayda suçun konusunun gerçekten tehlikeye düşürülüp düşürülmediğini araştırmasına gerek olmadığını ifade etmek mümkündür.

6. Nitelikli Unsur

a. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi

5237 sayılı Kanun'un 218. maddesi, “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” bakımından ortak bir nitelikli hali düzenlemiş ve madde metninde, “*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır.*” ifadesine yer verilmiştir.

765 sayılı TCK döneminde de halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir edilmesinin basın ve yayın yoluyla işlenmesi, 765 sayılı Kanun'un 312. maddesinin 4. fıkrası kapsamında nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Zira söz konusu fıkra “*Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.*” ifadesine yer verilmiştir.

765 sayılı TCK'nun 311. maddesinin 2. fıkrasında ise, “*Tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi*

⁹⁰⁰ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 236.

yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır. Para cezası hükmolunacak hallerde bu ceza suçun nevine göre ikibinbeşyüz liradan onbin liraya kadar ağır para cezası olmak üzere tayin olunur.” hükmüne yer verilmiştir.

Böylece gerek 765 sayılı ve gerek ise 5237 sayılı Kanun’un suçun cezasını artıran nitelikli hal bakımından paralel bir yaklaşımı kabul edildiğini ifade etmek mümkündür.

Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalara, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde yer verdiğimizden, burada ilgili bölüme atıfta bulunmakla yetiniyoruz⁹⁰¹.

B. Manevi Unsur

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçu kasten işlenebilen bir suç olup, madde metninde suçun oluşabilmesi için kanun koyucunun ayrıca bir saike yer vermediği görülmektedir.

Doktrinde ise, failin aşağılama fiilini işlerken herhangi bir saikin bulunmasının gerekli olmadığı ifade edilerek, saikin bu suçta önemli olmadığı, bu nedenle halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun hem kasten hem de olası kastla işlenebileceği savunulmuştur⁹⁰². Diğer yandan, halk içindeki belli grupları aşağılayıcı ve onurlarını zedeleyici eylemler, aşağılanan halk kesimi ile diğer halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık duygularının yeşermesine ve ileride şiddet eylemlerine dönüşerek sosyal düzenin derinden bozulmasına zemin hazırlar. Bu anlamda söz konusu suç tipinin önlemek istediği tehlikenin, halkın farklı özelliklere sahip kesimlerinin birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi olduğundan yola çıkılırsa, söz konusu tehlikenin yaratılması bakımından failin, özel kastla ayrımcı hareketler yapması gerektiği savunulabilir. Zira burada failin saiki, bu farklı özelliklere dayanan ayrılık

ları ortaya koymak ve bu şekilde kin ve düşmanlığa tahrikte bulunmaktır. Bu nedenle madde metninde, özel kastı işaret eden bir ibare bulunmamaktaysa da madde metninin

⁹⁰¹ Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 143 vd.

⁹⁰² **ZAFER**, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 248.

kaleme alınış şekli, tahrikin niteliği ve muhataplarda aranan hususiyetler, özel kastın aranmasını gerekli kılabılır⁹⁰³.

Kanaatimizce, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira failin, suçun mağduru olan halk kesimlerini madde metninde sayılan özelliklerine göre belirlemesi ve bu özellikleri nedeniyle aşağılama fiilini işlemesi gerekmektedir. Bu anlamda söz konusu suç tipinde failin saiki, uluslararası düzenlemelerde de yer aldığı şekliyle “*nefret saiki*” olmaktadır. Suçun doğal yapısından kaynaklı olarak, nefret, kin, düşmanlık yahut intikam duyguları, tahrik fiilinin nedeni, onun hazırlayıcısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda kanaatimizce de halkın bir kesimini alenen aşağılama suçu “*özel kastla*” işlenebilen bir suç olmakla birlikte, suçun tüm unsurlarının açıkça ve duraksamaya yer olmadan suç tipinde gösterilmesi gerekliliğinden hareketle, bu saikin madde metninde yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer yandan, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler kapsamında suçun, olası kastla işlenmesinin de mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı şekilde halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun, taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. Genel Açıklamalar

5237 sayılı TCK’nun “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenen suçlar bakımından ortak uygulama alanı olan “*Ortak Hükümler*” başlıklı 218. maddesine göre, “*haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*”

Bu anlamda, 216. maddenin 1. ve 3. fıkralarına ilişkin yaptığımız açıklamalarda değindiğimiz üzere, düşünceyi ifade özgürlüğü, “*Halkın Bir Kesimini Alenen Aşağılama Suçu*” bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir.

Düşünceyi ifade özgürlüğüne ilişkin açıklamalara halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde yer verdiğimizden, söz konusu açıklamalara atıfta

⁹⁰³ **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 296, **ZAFER**, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 220.

bulunmakla yetiniyor, burada sadece halkın bir kesimini aşağılama niteliğindeki olaylarda İHAM'nin yaklaşımını incelediği davalar üzerinden ele almayı uygun buluyoruz.

b. İHAM'nin Halkın Bir Kesimini Aşağılama Niteliğindeki Fiilleri Düşünceyi İfade Özgürlüğü Bakımından Yorumu

İHAM'nin halkın bir kesiminin aşağılanması ya da tahkir edilmesi hususundaki yaklaşım tarzını ortaya koymak adına değinmek istediğimiz ilk dava, *Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda* davasıdır⁹⁰⁴.

Söz konusu dava kapsamında İHAM, düşünceyi ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği bakımından, ilk olarak söz konusu hak sınırlamasının kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği üzerinde durmuş ve bu hak sınırlamasının temelini Hollanda Ceza Kanunu'nun 137. maddesinin oluşturduğunu tespit etmiştir. Ancak Mahkeme bu husus dışında, müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığı ve sonrasında ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususlarını dahi tartışmadan başvurunun kabul edilemez olduğuna kanaat getirmiştir.

Zira Mahkeme'ye göre görev ve sorumluluklar da yükleyen, “*Düşünceyi ifade özgürlüğü, sadece hoş giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirir.*”

Diğer yandan düşüncenin ifade edilmesinin getirdiği görev ve sorumluluklar, Sözleşme'nin 17. maddesiyle daha güçlü bir anlam bulmaktadır. Zira söz konusu madde, “*Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma*

⁹⁰⁴ Söz konusu davaya konu olan olaylar, mesleği muhasebeci olan Bay Glimmerveen ile garson olan Bay Hagenbeek'in “*Beyaz İnsanlarımıza*” başlıklı el ilanları dağıtmaları ve bu nedenle Hollanda Ceza Kanunu'nun 137. maddesi gereğince, ırk ayrımcılığına tahrik suçuyla cezalandırılmaları ve belediye seçimlerine katılmalarının men edilmesi şeklinde gelişmiştir. Söz konusu el ilanlarında ise şu ibareler yer almaktadır:

“*Gerçek şu ki, uzun bir süredir daha fazla burada bulunmaları gerekli olmayan ve nüfusumuzun büyük bir bölümünü oluşturan yüzbinlerce Surinam, Türk ve sözde diğer misafir işçilerin ülkemizdeki varlıkları yeterlidir. Halkımıza hizmet eden yetkililer bunu görmeli ve istenmeyen bu yabancıların, mümkün olan en kısa sürede ülkemizi terk etmelerini sağlamalıdır. Hollanda Ulusal Birlik Partisi ülkenin iktidarını kazanır kazanmaz, bu sorunu yoluna koyacak ve işe Surinam, Türk ve sözde diğer misafir işçileri Hollanda'dan göndermekle başlayacaktır.*” **Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda, Başvuru No: 8348/78, 8406/78, 11.10.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.09.2016).**

hakki verdiği biçiminde yorumlanamaz.” hükmünü getirmekle, totaliter grupların, Sözleşme’nin temel ilkelerini kendi lehlerine kullanmalarının ve Sözleşme’nin garanti altına aldığı hak ve özgürlüklerin yok edilmesinin engellenmesini amaçlamaktadır.

Diğer bir dava, *Jersild v. Danimarka* davasıdır⁹⁰⁵. Bu davada da İHAM, düşüncüyü ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği bakımından, her zaman olduğu gibi üç açıdan değerlendirme yapmıştır. İlk olarak Mahkeme, söz konusu hak sınırlamasının iç hukukta kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği, müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığı ve sonrasında ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususları üzerinde durmuştur.

İHAM, gazeteci olan Bay Jersild ile söz konusu ifadeleri kullanan grup üyeleri arasında bir ayrım yapmıştır. Mahkeme, ırkçı ayrımcılığın her türü ve görünüm şekliyle mücadelenin önemini vurgulamış ve ırk ayrımcılığının neden olabileceği tehlikelerin bir on yıl öncesinden daha ciddi bir boyuta ulaştığını ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre, Greenjackets üyelerinin mahkûm olmalarına neden olan ifadeler aşağılamanın da ötesinde olup, Sözleşme’nin 10. maddesinin korumasından yararlanamayacakları konusunda bir şüphe yoktur. Ancak, Bay Jersild’in ırkçı görüş ve fikirleri yaymak değil, “*Greenjackets*” grubunun üyeleri ile bu grubu oluşturan gençleri ortaya çıkarmak, analiz etmek, açıklamak ve ayrıca “*toplumda halihazırda büyük kaygılar uyandırmış bir konunun spesifik boyutlarına*” değinmek amacı bulunmaktadır. Zira söz konusu röportaj yayınlanmadan önce, son zamanlarda Danimarka kamuoyu ve basınında ırkçılık ile ilgili yaşanan tartışmalara değinilmiş ve izleyici, programı bu açıdan izlemeye davet edilmiştir. Diğer yandan programın amacının, ırkçı kişilerin bakış açısı ve sosyal altyapılarını ortaya koymak suretiyle sorunu çeşitli açılardan ele almak olduğu ifade edilmiştir. Bunun dışında İHAM, yerel mahkemelerin, program yayınlanırken ifade edilen aşırı görüşlerin dengeli bir biçimde sunulmadığı görüşüne de katılmamıştır. Zira Mahkeme’ye göre hem televizyon sunucusu hem de başvuran söz konusu olayı ele alırken adı geçen gruptan, Ku Klux Klan destekçisi “*aşırılıkçı gençlerden oluşan bir grubun üyeleri*” şeklinde bahsetmiş ve bazı

⁹⁰⁵ Söz konusu davada başvuran, Yeşil Ceketliler (Greenjackets) diye adlandıran ırkçı bir grupla röportaj yapmış ve bu röportaj televizyonda yayınlanmıştır. Gazeteci olan başvuran hakkında röportajda geçen ifadelerden dolayı⁹⁰⁵ Danimarka Ceza Kanunu’nun, alenen bir ırkın aşağılanması fiilini cezalandıran 266b maddesindeki suçun işlenmesinde adı geçen ırkçı gruba yardım ve yataklık etmekten, yerel mahkemeler tarafından mahkûm edilmiştir. **Jersild v. Danimarka, Başvuru No: 15890/89, 23.09.1994, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.09.2016).**

grup üyelerinin sabıka kaydı olduğuna değinmiştir. Bu anlamda söz konusu davada İHAM, “bir başkasının ifade ettiği düşüncelerin bir röportaj yoluyla yayılmasına yardım edildiği gerekçesiyle bir gazetecinin cezalandırılması, kamusal çıkarları ilgilendiren tartışmalara basının katkısını engelleyeceğinden, bunu yapmak için gerçekten ciddi nedenler olmadıkça, sınırlandırma yoluna gidilmemelidir.” ifadelerine yer vererek, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Mahkeme’ye göre sınırlandırma demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gibi “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” bakımından da orantılı da değildir.

Diğer bir dava *Norwood v. Birleşik Krallık* davasıdır⁹⁰⁶. Söz konusu dava kapsamında İHAM, düşünceyi ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği bakımından, ilk olarak söz konusu hak sınırlamasının kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği üzerinde durmuş ve söz konusu hak sınırlamasının temelini, 1986 tarihli Kamu Düzeni Kanunu’nun inceleme konumuz kapsamındaki aşağılama fiillerinin cezalandırılmasını öngören 5. bölümünün oluşturduğunu tespit etmiştir. Ancak Mahkeme bu husus dışında, müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığı ve sonrasında ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususlarını dahi tartışmadan başvurunun kabul edilemez olduğuna kanaat getirmiştir. Zira davaya konu ifadeler, dini bir topluluğu ciddi bir terörist eylemle ilişkilendiren ifadelerdir ve bu anlamda başvuru kabul edilemez niteliktedir⁹⁰⁷.

Değirmek istediğimiz bir diğer dava, *Klein v. Slovakya* davasıdır⁹⁰⁸. Söz konusu davada Mahkeme ilk olarak, ifade özgürlüğünün sınırlamasının kanuni dayanağının, Ceza

⁹⁰⁶ Söz konusu davaya konu olan olaylarda, aşırı sağ kanattan bir siyasi parti olan İngiliz Ulusal Partisi’nin yerel bir organizatörü olan başvuran, apartman dairesinin camına İkiz Kuleleri alevler içinde gösteren ve üzerinde yasak işareti bulunan bir ay ve yıldız simgesiyle birlikte “İslam, İngiltere’den defol – İngilizleri koruyun” yazan bir poster asmış ve yerel mahkemeler tarafından 1986 tarihli Kamu Düzeni Kanunu’nun 5. maddesi gereğince, ırksal ya da dini bir topluluğun üyelerine karşı, bu topluluğun üyeleri olmalarından kaynaklı nefret saiki ile aleni bir şekilde aşağılama, tehdit, sindirme, korkutma niteliğinde yazı, sembol ya da diğer herhangi simge teşhir etme suçu nedeniyle hüküm giymiştir. **Norwood v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 23131/03, 16.11.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/>**, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

⁹⁰⁷ “Sözleşme’nin 17. maddesinin genel amacı, totaliter amaçları olan kişi ya da toplulukların, Sözleşme’nin temel ilkelerini kendi lehlerine kullanmalarını engellemektir. Daha önce Komisyon’un da kararlarında belirtildiği gibi Mahkeme de Sözleşme’nin 10. maddesinde koruma altına alınan düşünceyi ifade özgürlüğünün 17. maddeye aykırı olarak kullanılamayacağını kabul etmektedir. Söz konusu davanın konusunu oluşturan poster, yanan İkiz Kulelerin fotoğrafını, ‘İslam, İngiltere’den defol – İngilizleri koruyun’ yazısıyla beraber, üzerinde yasak işareti bulunan bir ay ve yıldız simgesi içermektedir. Mahkeme, yerel mahkemelerin poster üzerindeki söz ve resimlerin, İngiltere’deki tüm Müslümanlara açık bir saldırı ifadesi taşıdığı kanaatine katılmaktadır. Dini bir topluluğa karşı, tüm topluluğu ciddi bir terörist eylemle ilişkilendiren bu tür genel ve şiddetli bir saldırı, Sözleşme tarafından ilan edilen ve güvence altına alınan değerlerle, özellikle hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yapmama ile bağdaşmamaktadır. Bu anlamda söz konusu fiil, Sözleşme’nin 17. maddesi kapsamında bir fiil olduğundan, Sözleşme’nin 10. maddesindeki koruma kapsamında bulunmamakta ve bu nedenle Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrası gereğince başvuru kabul edilemezdir.”

⁹⁰⁸ **Klein v. Slovakya, Başvuru No: 72208/01, 31.09.2006, <http://hudoc.echr.coe.int/>**, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).

Söz konusu davaya ilişkin olaylar, gazeteci ve aynı zamanda film eleştirmeni olan başvuranın yazdığı bir makalede, başpiskoposun Slovakçada “aptal” ya da “istikrarsız” anlamına gelen “trtko” olduğunu, annesiyle cinsel birliktelik kurduğunu (trtko), başpiskoposun cinsel çekiciliğinin olmamasından dolayı eşcinsel ya da biseksüel olup olmadığını

Kanunu'nun “*Bir Millet, Irk ve İnancın Tahkiri*” başlıklı 198. maddesinin ve sınırlandırmanın meşru amacının ise, başkalarının (Katolik inancına inanların) hak ve özgürlükleri olduğunu tespit etmiştir. Sonrasında ise Mahkeme, düşüncüyü ifade özgürlüğünün önemi, kapsamı, kendisiyle birlikte gelen ödev ve sorumluluklar ve üye devletlerin takdir yetkisine bir kez daha dikkat çekmiş ve somut olayda gerçekleşen müdahaleyi, “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” hususunda değerlendirmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, başvuranın makalesinin sert bir dille yazılmış olsa bile başkalarının din özgürlüklerini engellemediği üzerinde durmuştur⁹⁰⁹. Orantılılık bakımından ise, söz konusu makalenin, herkesin sevmesi ya da anlaması mümkün olmayan söz konusu filme ilişkin edebi espri niteliğindeki düşünce ve çağrışımları ihtiva ettiği ve bu makalenin, hedef kitlesi entelektüel odaklı okuyucular olan haftalık bir dergide yayımlandığı hususlarına değinmiştir. Mahkeme ayrıca, söz konusu derginin sekiz bin adet basıldığına ve bu anlamda makalenin, sınırlı bir dağıtımı olan haftalık bir dergide yayınlandığına da dikkat çekmiştir.

Diğer bir dava *Pavel Ivanov v. Rusya* davasıdır⁹¹⁰. Söz konusu dava kapsamında İHAM, düşüncüyü ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği bakımından, ilk olarak söz konusu hak sınırlamasının kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği üzerinde durmuş ve söz konusu hak sınırlamasının temelini, Rus Ceza Kanunu'nun “*Etnik Köken, Irk ve Din Bakımından Nefrete Alenen Tahrik*” başlıklı 282. maddesinin 1. fıkrasının oluşturduğunu tespit etmiştir. Ancak Mahkeme bu husus dışında, müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığı ve sonrasında ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı

önemsiz olduğunu, bir çingene topluluğunun (çete) lideri kadar dahi onurunun olmadığını, böyle bir canavarın başkanlığını yaptığı bir topluluğun saygın Katolikler tarafından neden terkedilmediğini anlamadığını ifade etmesine ilişkindir., Benzer nitelikteki bir dava için bkz. **Giniewski v. Fransa, Başvuru No: 64016/00, 31.01.2006**, s. 401 vd.

⁹⁰⁹ “başvuran söz konusu makalede Başpiskopos, söz konusu filme, filmin posterine ve bu film dolayısıyla kanuna aykırı davranışta bulunan kişilere karşı uygulanması gereken yaptırımlar hakkında televizyon yayınında ifade ettiği düşünceler dolayısıyla oldukça sert bir dille eleştirmiştir. Diğer yandan başvuranın aşağılayıcı nitelikteki ifadeleri, Slovakya Katolik Kilisesi'nin en yüksek temsilcisi sıfatına sahip olan kimseye yöneliktir. Slovakya Yargı Makamlarının aksine Mahkeme, söz konusu ifadelerin, bir grup insanı Katolik inancını benimsemelerinden dolayı itibarsızlaştırdığı ve küçümsendiği hususunda ikna olmamıştır... Başvuranın makalesi, inanların dinlerini ifade etme veya ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmemiş, onların dini inançlarının mahiyetlerini yermemiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.”

⁹¹⁰ Söz konusu davaya ilişkin olan olaylar, aylık iki bin adet basılan ve dokuz yüz doksan dokuz adet tirajı bulunan Russkoye Veche adlı gazetenin kurucusu ve yazı işleri müdürü başvuranın, gazetede yayımlanan bir dizi yazıda, Yahudilerin sosyal hayattan dışlanması gerektiği çağrısında bulunması, sosyal, ekonomik ve politik huzursuzlukların ortaya çıkması ile Yahudilerin faaliyetleri arasında bir nedensellik bağının bulunduğunu iddia etmesi ve Yahudi etnik topluluğunu habis olarak tanımlaması neticesinde, Rus Ceza Kanunu'nun 282/1 maddesinde düzenlenen, alenen etnik, ırksal ve dini nefretin basın yoluyla tahrik edilmesi suçu kapsamında üç yıl boyunca gazetecilik faaliyetlerinde bulunmak ve yayın yapmaktan men etmesi şeklinde gelişmiştir. **Pavel Ivanov v. Rusya, Başvuru No: 35222/04, 20.02.2007**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

hususlarını dahi tartışmadan başvurunun kabul edilemez olduğuna kanaat getirmiştir. Zira Mahkeme'ye göre, “*Bu şekilde bir etnik topluluk üzerinde genel nitelikteki ve şiddetli bir saldırı, Sözleşme'nin genel değerleriyle ve özellikle hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yaşağıyla çelişmektedir. Bu kapsamda başvuranın, Sözleşme'nin 17. maddesi gereğince 10. maddenin korumasından yararlanması, yine Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları gereğince, mümkün değildir.*”

Bir diğer dava, *Soulas ve Diğerleri v. Fransa* davasıdır⁹¹¹.

Söz konusu davada İHAM sınırlamanın, “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” hususunda, sınırlandırma bakımından “*baskın toplumsal ihtiyacın*” olup olmadığına değinerek, bu konuda ulusal makamların bir takdir yetkisinin olduğu, ancak söz konusu takdir yetkisinin İHAM denetimi altında bulunduğu, bu konuda ulusal makamlar tarafından sınırlandırma için gösterilen gerekçelerin “*ilgili ve yeterli*” olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Diğer yandan Mahkeme, söz konusu özgürlüğün sadece hoş giden bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu gibi genel açıklamalarda bulunduktan sonra, ırk üstünlüğü ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılması yaşağının, düşünceyi ifade özgürlüğü ile çelişmediğine değinmiştir⁹¹². Orantılılık bakımından ise Mahkeme, başvuranların mahkûm oldukları para cezası ağır gibi görünse de kural olarak fiillerinin karşılığında öngörülen yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı ceza olduğuna dikkat çekerek, başvuranların düşünceyi

⁹¹¹ **Soulas ve Diğerleri v. Fransa, Başvuru No: 15948/03, 10.07.2008.**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016),

Belirtmek gerekir ki söz konusu davaya ilişkin olaylar, İHAM'nin “*şiddete tahrik*” ölçütü kapsamında değerlendirilebilecek özelliklere sahip olmasına rağmen Mahkeme söz konusu davayı, “*düşmanlığa tahrik*” ve “*ırksal ayrımcılık*” temelinde ele almıştır. Bu nedenle biz de bu davayı “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik*” suçunu incelediğimiz bölümde değil burada ele almayı uygun buluyoruz.

Kitabın içeriğine dair bilgi için bkz. s. 287 vd.

⁹¹² “*Mahkeme ilk olarak, kitapta ele alınan konuların, kamu yararını ilgilendirdiğini göz önünde bulundurmaktadır. Ev sahibi ülkelerde, göçmenlerin yerleşmesi ve entegrasyonuna ilişkin sorunlar, hem siyaset hem de medya alanında olmak üzere Avrupa toplumlarında üzerinde oldukça tartışılan hususlardır. ... Söz konusu davaya konu olan kitap, bir gazeteci ve yazar tarafından güncel konuları ele alan sosyolojik bir deneme şeklinde yazılmıştır... Yazar kitapta, genel olarak Avrupalı olmayanların ve spesifik olarak da Müslümanların Avrupa'ya göç etmesinin zararlarının ana hatlarını çizmektedir. Bu kapsamda ise İslam'ın, Fransa ve Avrupa'yı düşmanca fethetmeye başladığı ve 'gençlerin' işlediği suçların, bu toprakları fethetmek adına başlatılan bir etnik sivil savaşın bir tezahürü olduğu ifade edilmektedir. Yazar kitapta, Avrupa kıtasının, medeniyetin yok olabileceği nitelikte bir kaos içine battığını belirtmekte ve Avrupalıların bilinçsizliği ve heterojen ve çok etnikli toplum ütopyasını kinamaktadır. Mahkeme, kitaptaki bazı metinlerin, hedef topluluk hakkında olumsuz bir imaj çizdiğini kaydetmektedir. Yazı biçimi zaman zaman şiddetli olup, göçün etkileri felaket şeklinde sunulmuştur... Mahkeme, Sözleşme dışındaki birçok uluslararası belge kapsamında da ırk üstünlüğü ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılması yaşağının, düşünceyi ifade özgürlüğü ile çelişmediğini hatırlatmaktadır.*”

ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın, demokratik bir toplumda gerekli olduğu kanaatine varmıştır.

Son olarak Mahkeme, kitapta kullanılan tartışmalı ifadelerin, başvuruların davasında Sözleşme'nin 17. maddesinin (hakların kötüye kullanılması yasağı) uygulanmasını gerekçelendirmek için yeterli ağırlıkta olmadığını gözlemlediğini belirtmiştir⁹¹³.

Diğer bir dava, *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç* davasıdır⁹¹⁴. İHAM ilk olarak, mahkûmiyetin temelini İsveç Ceza Kanunu'nun 16. Bölümünün 8. maddesinde düzenlenen “*Milli veya Etnik Bir Topluluğa Karşı Tahrik*” suçu olması nedeniyle, sınırlamanın şartlarından biri olan “*kanunen öngörülebilirlik*” şartının sağlandığını tespit etmiştir. Somut olayda gerçekleşen müdahalenin, “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” hususunda ise, “*baskın toplumsal ihtiyacın*” olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu hususta Mahkeme, üye devletlerin takdir hakkına ve kısıtıcı, şok veya rahatsız edici düşüncelerin de Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında değerlendirileceğine değindikten sonra, “*Her ne kadar söz konusu ifadeler, kişileri nefret temelli fiiller işlemesi hususunda öğütlemiyorsa da oldukça ciddi ve önyargılı ifadelerdir. Dahası Mahkeme, nefrete tahrikin salt şiddete ya da diğer suçların işlenmesine çağrıda bulunmayı kapsamadığını vurgulamaktadır. Halkın bir kesimine karşı, aşağılamak, alay etmek ya da kötülemek şeklinde saldırıda bulunması da ulusal otoriteler tarafından, düşünceyi ifade özgürlüğünün bu denli sorumsuz bir şekilde kullanılması karşısında nefret söylemiyle mücadele için yeterli görülebilir niteliktedir.*” ifadelerine yer vermiştir.

Son olarak İHAM, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacının karşısında, başvurulara uygulanan yaptırımın orantılı olduğuna hükmetmiştir.

İHAM'nin bir topluluğun yahut halk kesiminin aşağılanması en ciddi şekillerinden biri olarak gördüğü ve bu nitelikteki davalarda başvuruyu İHAS'nin 17. maddesi kapsamında kabul edilemez olarak bulduğu bir diğer husus, soykırım ve insanlığa karşı

⁹¹³ Benzer nitelikteki bir dava için bkz. *Féret v. Belçika*, Başvuru No: 15615/07, 16.7.2009, *Le Pen v. Fransa*, Başvuru No: 18788/09, 07.05.2010, s.251.

⁹¹⁴ *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç*, Başvuru No: 1813/07, 09.02.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016),

Söz konusu davaya konu olaylar, başvuranların lisede dağıttıkları yüz adet el ilanında, eşcinsellerin sapkın cinsel eğiliminin bulunduğu, bu kişilerin HIV ve AIDS'in yayılmasından sorumlu olduğuna ve eşcinsellerin yaşam tarzının modern çağın vebasının ana nedeni olduğuna ilişkin ifadeler içermesi nedeniyle mahkûm olmaları şeklinde gelişmiştir. Başvuranlar Ulusal Gençlik adında bir örgütün hazırladığı ilanları öğrencilerin dolaplarının içine ve üzerine koymak suretiyle dağıtmışlardır

işlenen suçların inkârı ya da önemsizleştirilmesine ilişkin davalardır. Bu davalardan biri de *Marais v. Fransa* davasıdır⁹¹⁵.

Söz konusu davada İHAM, başvuranın düşünceyi ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın 1881 tarihli Kanun'un 24. maddesine dayanarak kanunen öngörülmüş olduğuna, sınırlamanın meşru amacının “*kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi*” ve “*başkalarının itibar ve haklarının korunması*” olduğuna, bu sınırlama amaçlarının “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” hususunda ise “*baskın bir toplumsal ihtiyacın*” olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine, bu hususta üye devletlerin bir takdir yetkisi olmakla birlikte, alınan tedbirlerin gerekçelendirilmesi ve orantılı olması gerektiğine de değinmiş ancak bu hususlara ilişkin bir değerlendirme yapmadan başvurunun kabul edilemez olduğuna kanaat getirmiştir⁹¹⁶.

Benzer bir dava *Peta v. Almanya* davasıdır. Söz konusu davada İHAM, başvuranın düşünceyi ifade özgürlüğüne kamu makamları tarafından getirilen sınırlandırmanın kanuni temelini, Alman Medeni Kanunu'nun 823. ve 1004. maddeleri ve Alman Ceza Kanunu'nun 185. maddesi olduğuna ve söz konusu metinlerin ulaşılabilirliği konusunda herhangi bir kuşku bulunmadığına bu anlamda sınırlamanın “*kanunen öngörülmüş*” olduğuna değinmiştir. Diğer yandan Mahkeme'ye göre, yerel mahkemelerin, söz konusu davaya uyguladığı kanun metinlerinin doğruluğunu araştırmak kendisinin görevi olmamakla birlikte bu husus, söz konusu koşulları çok daha iyi bir şekilde değerlendirecek olan ulusal makamların yetkisindedir. Diğer yandan sınırlamanın meşru amacı, şikâyetle bulunanların şahsi haklarının bu anlamda başkalarının itibar ve haklarının korunmasıdır.

Söz konusu sınırlamanın, “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” hususunda ise Mahkeme, sınırlandırma bakımından “*baskın toplumsal ihtiyacın*” olup olmadığı hususuna değinerek, bu konuda ulusal makamların bir takdir yetkisinin olduğu, ancak söz konusu takdir yetkisinin İHAM denetimi altında bulunduğu, bu konuda ulusal makamlar tarafından sınırlandırma için gösterilen gerekçelerin “*ilgili ve yeterli*” olup olmadığının

⁹¹⁵ **Marais v. Fransa, Başvuru No: 31159/96, 24.06.1996,**

Benzer nitelikteki diğer davalar için bkz. **Garaudy v. Fransa, Başvuru No: 65831/01, 24.06.2003, Witzsch v. Almanya, Başvuru No: 7485/03, 13.12.2005,** s. 302 vd., <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

⁹¹⁶ “1881 tarihli Kanun'un ilgili hükümleri ve söz konusu davaya uygulanmasının amacı, Fransa halkının barış içerisinde bir arada yaşamasını güvence altına almaktır. Diğer yandan, Sözleşme'nin 17. maddesi de göz önünde bulundurulmaktadır. Söz konusu madde, bir kimsenin Sözleşme'deki haklarını, diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasını yok etme amacıyla kullanılmasını korumamaktadır. Yerel mahkemeler tarafından da belirtildiği üzere başvuran, bilimsel ispat kisvesi altında, gaz odalarının varlığını ve soykırım suçunun işlenmesi için kullanıldığını inkâr etmektedir. Bu kapsamda başvuranın makalesi ve esas amacı, adalet ve barış gibi Sözleşme'nin temel değerleri ile Sözleşme'nin lafzı ve ruhuna aykırılık teşkil etmektedir.”

değerlendirilmesi gerektiği ve söz konusu özgürlüğün sadece hoş giden bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu gibi genel açıklamalarda bulunduktan sonra, Mahkeme, “*bu davaya konu olan olaylar, tarihi ve sosyal şartlardan ayrı düşünülemez. Yahudi Soykırımı’na atıfta bulunularak bir kampanya yürütülmesi, Almanya’nın geçmişi dâhilinde değerlendirilmeli ve hükümetin kendini, Almanya’da yaşayan Yahudilere karşı özel bir yükümlülük altında görmelerine saygı duyulmalıdır. Bunların ışığında Mahkeme, posterlerin yayınlanmalarını önlemek için yerel mahkemeler tarafından verilen kararın yerinde ve yeterli sebepleri olduğuna karar vermiştir. Fakat bu, farklı ülke mahkemelerinin benzer konulara farklı bir şekilde yaklaşamayacağı anlamına gelmemektedir.*” ifadelerine yer vermiştir.

Orantılılık bakımından ise, söz konusu posterlerin yayımlanmasını engellemek bakımından cezai bir yaptırımın değil özel hukuk tedbirinin uygulandığına dikkat çekerek, “*başvuran, hayvanların korunmasıyla ilgili konulara ilgi çekmek için başka yöntemleri olmadığını ortaya koyamamıştır.*” ifadelerine yer vermiştir. Bu nedenle Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.

Bu konuda değinmek istediğimiz diğer bir dava da *Fáber v. Macaristan* davasıdır⁹¹⁷.

İHAM söz konusu davada sınırlamanın “*kanunen öngörülmüş*” olduğunu ifade etmiş ve sınırlamanın meşru amacının “*kamu düzeninin sağlanması*” ve “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, sınırlamanın “*baskın bir toplumsal ihtiyacı*” karşılayıp karşılamadığı ve “*orantılı*” olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından ise, “*...sembolün birden fazla anlam ifade etmesi, teşhir edildiği yer ve zaman gibi hususların önemli bir rol oynadığını belirtmektedir... Bazı göstericiler bu bayrağı incitici, şok edici ve hatta faşist addetmiş olsalar da Mahkeme’ye göre salt bir bayrağın teşhir edilmesi kamu düzenini bozmaya ve göstericilerin toplantı haklarını kullanmalarını engellemeye elverişli olmadığı gibi ne*

⁹¹⁷Söz konusu davaya ilişkin olaylar, 2007 yılında Macaristan Sosyalist Partisi’nin (MSZP) ırkçılık ve nefrete karşı Budapeşte’de protesto gösterisi düzenlemesi ve eş zamanlı olarak Jobbik (sağ kanat siyasi parti) üyelerinin bu gösteriye yakın bir alanda, yapılan gösteriye karşı, karşıt görüşlerini açıklamak üzere toplanmaları, bu esnada başvuranın MSZP gösterisine yüz metreden az uzaklıkta bir yerde, her hangi bir sözlü ya da fiili bir davranışı olmaksızın, 1944/45 Arrow Cross rejimi döneminde birçok Yahudi’nin öldürüldüğü Tuna nehri seti basamaklarında çizgili Árpád bayrağı taşıdığının yakınlarda duran bir polis tarafından gözlemlenmesi, kendisinden talep edilmesine rağmen söz konusu bayrağı aşağı indirmeyi reddetmesi ve bu nedenle para cezasına mahkûm edilmesi şeklinde gelişmiştir. **Fáber v. Macaristan, Başvuru No: 40721/08, 24.07.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>**, (Erişim Tarihi: 13.11.2016).

korkutucu/sindiricidir ne de gösteriye katılan kişilere karşı köklü bir nefreti aşılacak suretiyle şiddete tahrik etmeye elverişlidir. Bu kapsamda, bayrağın da yasadışı olmaması göz önünde bulundurularak, 10. maddenin 2. fıkrası kapsamında ‘baskın bir toplumsal ihtiyacın’ varlığı söz konusu değildir.” ifadelerine yer vermiştir.

Ancak Mahkeme’ye göre bu görüş, şartlara göre değişiklik gösterebilmektedir. Zira kullanılan sembolün kullanıldığı yer (örneğin kitle ölümlerinin gerçekleştirildiği bir yer) ve zaman (örneğin belli bir anma gününde) bazı hallerde “*baskın toplumsal ihtiyaç*” şartını karşılayabilir. Bu anlamda ölenlerin ve yakınlarının haklarının korunması ihtiyacı, düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını gerektirebilir ve kullanılan sembolün anlamı kullanıldığı yer ve zaman göre değişebilir. Benzer düşünceler, kullanıldıkları yer ve zaman nedeniyle savaş suçlarının, insanlığa karşı suçların ve soykırım övülmesi için de geçerlidir. Dahası, başvuranın totaliter rejim mağdurları hakkında aşağılayıcı ifadeler kullanması halinde bu durum, Sözleşme’nin 17. maddesi kapsamında hakların kötüye kullanılması anlamını taşımaktadır. Söz konusu davada, hakların bu şekilde kötüye kullanılması söz konusu olmadığı gibi, “*baskın bir toplumsal ihtiyacın*” olmaması bakımından sınırlama da “*demokratik bir toplumda gerekli*” değildir.

c. Değerlendirme

Yukarıda yer verdiğimiz kararlar kapsamında, halkın bir kesimini aşağılama bakımından İHAM’nin yaklaşımını şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Düşünceyi ifade özgürlüğü, salt toplumun geneli tarafından kabul gören veya zararsız ya da kayıtsızlık içeren “*bilgiler*” veya “*fikirler*” için değil, aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir.

2) İHAS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “*baskın bir toplumsal ihtiyaç*” şartı bakımından üye devletlerin anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak, bu takdir yetkisi, Mahkeme’nin denetimi altındadır.

3) Mahkeme bu denetimi yaparken, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dâhil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alıp incelemekte, ilk olarak müdahalenin “*meşru amaçlar ile orantılı*” ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “*ilgili ve yeterli*” olup olmadığı tespit edilmektedir. Bunu yaparken de ulusal otoritelerin 10. madde kapsamında bulunan ilkelere uygun

standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır.

4) Mahkeme, halkın bir kesiminin aşağılanması/tahkir edilmesi niteliğindeki davalara oldukça hassas yaklaşmakta ve “*nefrete tahriki*” geniş yorumlamaktadır. Bu anlamda, Yahudi soykırımını (Holocaust) inkâr eden, Nazi yanlısı politikaları savunan, tüm Müslümanları ağır bir terörist eylemle ilişkilendiren, din, ırk, etnik köken ya da cinsel yönelim gibi bazı farklı özelliklere sahip olan toplulukların, toplumdan dışlanması, bulundukları ülkeden gönderilmesi, bulundukları ülkelerdeki sorunların nedeni olarak gösterilmesi veya bu toplulukların hızla büyümesinin, bulundukları ülkenin halkının güvenliğine ve bütünlüğüne potansiyel bir tehdit olarak gösterilmesi niteliğindeki düşünce ifadeleri, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında korunabilecek nitelikte ifadeler değildir.

5) İHAM birçok dava kapsamında, Sözleşme’nin 17. maddesini gerekçe göstererek başvurunun kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir. Zira bazı ifade biçimleri, o denli ağır telakki edilmektedir ki, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte, bu kararlar bakımından sınırlamanın, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı dahi tartışmaya açılmamaktadır. Bu nevi davalar ise genellikle Yahudi soykırımının reddedilmesi, önemsizleştirilmesi yahut meşru bir temele oturtulmasına ilişkin olmaktadır. Ancak İHAM’nin bu konuda çelişkili kararlar verdiğini de ifade etmek mümkündür. Zira *Soulas ve Diğerleri v. Fransa*, *Féret v. Belçika* ve *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç* davaları da 17. madde kapsamında değerlendirilebilecek ağırlıkta olmasına rağmen, Mahkeme Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında inceleme yapmıştır. Diğer yandan *Witzsch v. Almanya* davasında olduğu gibi⁹¹⁸, başvuranın düşüncelerini kamuya yaymaksızın özel bir mektupla ifade etmesi bile 17. madde kapsamında değerlendirilebilmektedir.

6) İHAM, son zamanlarda verdiği kararlarda somut olayda kullanılan bayrak ya da diğer sembollerin birden fazla anlamının olabileceğine ve bu sembolün kullanıldığı ülkede yasaklanıp yasaklanmadığı, politik görüşün ifadesi olarak mı yoksa nefret ya da şiddet tahrikinde bulunmak yahut başkalarını korkutmak için mi kullanıldığının tespit edilmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Ancak yine Mahkeme’ye göre bu sembollerin anlamı, kullanıldığı yer ve zamana göre değişecektir.

⁹¹⁸ Witzsch v. Almanya davası için bkz. s. 285 vd.

IV. SUÇ TİPİNİN BENZER DÜZENLEMELERLE MUKAYESESİ

A. Nefret ve Ayrımcılık Suçu

Nefret ve ayrımcılık suçu, TCK'nun “Özel Hükümler” kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölümünde ve 122. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1)Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Nefret ve ayrımcılık suçuyla korunmak istenen hukuki değer, insanlar arasında hukukun izin vermediği nefrete dayalı ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı haklardan ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi olduğu ifade edilmektedir. Zira söz konusu hüküm, kişilerin iş ve çalışma, mülkiyet gibi özgürlüklerinin ihlal edilmesini önlemek suretiyle, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır⁹¹⁹. Ancak diğer yandan, söz konusu suç tipi ile “kamu barışı” da korunmaktadır. Zira suç tipinde, ayrımcılığın “nefret saiki” ile yapılması aranmış olduğundan, bu suç tipiyle, toplumu oluşturan bireyler arasında ortaya çıkan nefret hislerinin ve nefrete dayalı ayrımcılık fiillerinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir⁹²⁰. Bu kapsamda, halkın bir kesimini aşağılama ile nefret ve ayrımcılık suçları TCK'nun farklı kısım ve bölümlerinde düzenlenmiş olsalar da korudukları hukuki değerlerin “kamu barışı” noktasında birleştiklerini ifade etmek mümkündür. Zira halkın bir kesimini aşağılama suçunda suç teşkil eden fiil “alenen aşağılama” ve nefret ve ayrımcılık suçunda ise “bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının, bir kişinin işe alınmasının ve bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının

⁹¹⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSI/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 466.

⁹²⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 464.

engellenmesi” olarak farklılık arz etse de her iki suç tipi de suçun, madde metinlerinde sayılan bir takım özelliklerden kaynaklı olarak işlenmesini gerektirmektedir.

Halkın bir kesimini aşağılama suçunda söz konusu özellik, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak olarak belirlenmişken, nefret ve ayrımcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep olarak öngörülmüştür. Diğer yandan, halkın bir kesimini aşağılama suçunda mağdur, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı nedeniyle aşağılanan halk kesimi iken, nefret ve ayrımcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhebe dayanan özellikler taşıyan herhangi bir kimsedir⁹²¹. Bu anlamda TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrası bakımından mağdur, halkın belirsiz sayıda bir kısmı olarak ortaya çıkmaktayken, TCK’nun 122. maddesinde mağdur, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep bakımından farklı özelliklere sahip halkın bir üyesidir.

Her iki suçun da manevi unsuru kast olmakla birlikte, nefret ve ayrımcılık suçunda kanun koyucu, failin belli bir saikle hareket etmesini de aramıştır. Bu kapsamda nefret ve ayrımcılık suçunun, *“dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle”* işlenmesi gerekmektedir⁹²². Halkın bir kesimini aşağılama suçunda ise kanun koyucu, madde metninde böyle bir saike yer vermemiştir. Suçun manevi unsuruna değindiğimiz kısımda da ifade ettiğimiz üzere, TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrasında özel kastı işaret eden bir ibare bulunmamaktaysa da kanaatimizce madde metninin kaleme alınış şekli ve suçun yapısı, özel kastın aranmasını gerekli kılmaktadır.

B. Kişinin Dini, Siyasi, Sosyal, Felsefi İnanç, Düşünce ve Kanaatlerini Açıklamasından, Değiştirmesinden, Yaymaya Çalışmasından, Mensup Olduğu Dinin Emir ve Yasaklarına Uygun Davranmasından Dolayı Hakaret Suçu

Kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı hakaret suçu, TCK’nun “Özel Hükümler” kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Şeref Karşı Suçlar*” başlıklı sekizinci bölümünde

⁹²¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 472.

⁹²² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 473.

ve 125. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde “Din Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar” arasında yer verilen bu hal, 5237 sayılı TCK’nda hakaret suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür⁹²³.

Buna göre hakaret suçunun “Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.”

Söz konusu suç tipiyle, siyasi, sosyal ve felsefi inanç özgürlüğünün yanı sıra din özgürlüğünün de korunmak istendiği ifade edilmiştir⁹²⁴. Zira burada hakaretin konusunu, belirli bir kişinin dini inanç sisteminden kaynaklı düşünce ve davranışları teşkil etmekte, mensup olunan bir dinin emir ve yasaklarına uygun davranılması nedeniyle hakaret suçunun işlenmesi özel olarak düzenlenmektedir⁹²⁵. Halkın bir kesimini aşağılama suçuyla ilk sırada korunmak istenen hukuki değer ise, kamu barışıdır. Zira madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimlerini aşağılayıcı eylemler, aşağılanan halk kesimi ile diğer halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık duygularının yeşermesine ve ileride şiddet eylemlerine dönüşerek sosyal düzenin derinden bozulmasına zemin hazırlamaya müsaittir⁹²⁶.

Bir diğer husus, TCK’nun 125. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde, kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı hakaret suçunun mağdur olması söz konusuysa, 216. maddenin 2. fıkrasında, sayıca belirsiz bir topluluğun, dini düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı değil, salt din farklılığından dolayı aşağılanması söz konusudur.

Diğer yandan, TCK’nun 125. maddesi bakımından suç teşkil eden fiil, “hakaret” olarak öngörülmüşken, 216. maddenin 2. fıkrası bakımından “alenen aşağılama” olarak

⁹²³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 492, ARTUK, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, s. 484.

⁹²⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 492, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 496, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Ruhan, ÖNOK, Murat R., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 554.

⁹²⁵ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 216.

⁹²⁶ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 220.

düzenlenmiştir. Aşağılama fiiline ilişkin yaptığımız açıklamalarda ifade ettiğimiz üzere biz, tahkir, tezyif ve aşağılama fiilleri arasında bir anlam farkı olduğunu düşündüğümüzden, her aşağılama niteliğinde olan fiilin hakaret kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu anlamda, “aşağılama” fiilinin, hakaret niteliğindeki fiillere göre daha hafif saldırıları da kapsamına aldığını ifade etmemiz gerekmektedir.

Bir diğer husus aleniyetin, halkın bir kesimini aşağılama suçunun unsuru olması halidir. Başka bir ifadeyle, 216. maddenin 3. fıkrasında suç teşkil eden fiil, “aşağılama” değil “alenen aşağılama”dır. Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret suçunun oluşabilmesi için ise, hakaretin alenen gerçekleştirilmiş olması gerekmez. TCK’nun 125. maddesinin 4. fıkrası gereğince aleniyet, hakaret suçunun cezasını artıran bir diğer nitelikli halidir.

Son olarak, her iki suçun manevi unsur bakımından benzerlik gösterdiği ifade edilebilir. Zira her ne kadar her iki suç tipini düzenleyen madde metinlerinde özel kastı işaret eden bir ifade bulunmasa da özellikle 765 sayılı TCK döneminde, gerek doktrinde ve gerek ise Yargıtay kararlarında hakaret suçunun bu halinin genel kastla mı yoksa özel kastla mı işlenebileceğine ilişkin çeşitli tartışmalar bulunmaktadır⁹²⁷. Kanaatimizce, gerek halkın bir kesimini aşağılama ve gerek ise kişinin dini düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı hakaret suçunun yapısı gereği, failin özel kast ile hareket etmesi gerekmektedir.

C. İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, TCK’nun “Özel Hükümler” kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı onuncu bölümünde ve 153. maddesinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde ise, söz konusu suç, “Din Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar” başlığı altında ve 176. maddenin 1. fıkrasında yer verilmiştir⁹²⁸.

Söz konusu suçun, inceleme konumuzla bağlantısı, madde metninde sayılan yapı ya da eşyalara, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla zarar

⁹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 300 vd.

⁹²⁸ ARTUK, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, s. 484.

verilmesidir. Bu anlamda, halkın bir kesimini aşağılama suçu bakımından bizim asıl olarak değinmek istediğimiz husus, 153. maddenin 3. fıkrasıdır.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme başlıklı 153. maddeye göre,

“(1)İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Birinci fıkra da belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3)Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”

Söz konusu suç tipiyle din özgürlüğünün koruma altına alındığı ifade edilmiştir. Zira madde metninde ifade edilen yer ve eşyalara, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla zarar verilmesi halinde, o dine inananların dini duygularının rencide edilmektedir. Bu nedenle kanun koyucunun, bu tür fiilleri, bizzatihi dini yer ya da eşyalara zarar verildiği için değil, bu eşyaların temsil ettiği dini hisleri ve dolayısıyla din özgürlüğünü zedelediği için cezalandırdığı kabul edilmektedir⁹²⁹. Kanaatimiz, 153. maddenin 3. fıkrasının koruduğu hukuki değer din özgürlüğü olduğu ancak bunun gerekçesinin o dine inananların dini duygularının rencide edilmesi olmadığıdır. Düşüncemiz, 153. madde kapsamında din özgürlüğünün korunmasının temel gerekçesinin bu maddede sayılan fiillerin, din özgürlüğünü kullanmayı zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak nitelikte fiiller olmasından kaynaklandığıdır. Halkın bir kesimini aşağılama suçuyla ilk sırada korunmak istenen hukuki değer ise, kamu barışıdır. Zira madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimlerini aşağılayıcı eylemler, aşağılanan halk kesimi ile diğer halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık duygularının yeşermesine ve ileride şiddet eylemlerine dönüşerek sosyal düzenin derinden bozulmasına zemin hazırlamaya müsaittir⁹³⁰.

Halkın bir kesimini aşağılama suçu bakımından suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*” olarak öngörülmüştür. İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunun 3. fıkrasında

⁹²⁹ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 29, ARTUK, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, s. 487.

⁹³⁰ ZAFER, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 220.

ise suç teşkil eden fiil, “*ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla*” ibadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara “*zarar vermektir*”. Söz konusu zarar ise, yıkmak, bozmak, kırmak veya kirletmek suretiyle ortaya çıkmalıdır. Bu anlamda, halkın bir kesimini din farklılığına dayanarak aşağılama suçu, 153. maddenin 1. ve 2. fıkralarında gösterilen fiillerle de oluşabilmekle birlikte, kanaatimizce bu husus içtima kurumu bakımından özellik arz edecektir.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, özel kastla işlenebilen bir suçtur. Zira failin, madde metninde yer verilen yapı ya da eşyalara yıkmak, bozmak, kırmak veya kirletmek suretiyle zarar vermesi, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadını bir başka ifadeyle özel bir saiki gerektirmektedir⁹³¹. Halkın bir kesimini aşağılama suçu da manevi unsur bakımından, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçuyla benzerlik taşımaktadır. Zira bu suçun da oluşabilmesi için aşağılama fiilinin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak işlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda, madde metninde açıkça gösterilmemiş olsa da TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrası da failin özel bir saikle hareket etmesini gerektirmektedir.

D. Halkın Bir Kesiminin Benimsediği Dini Değerleri Alenen Aşağılama Suçu

Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama suçu, 5237 sayılı TCK’nun “*Özel Hükümler*” kitabının “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlıklı beşinci bölümünde ve “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama*” başlıklı 216. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

Halkın bir kesimini aşağılama suçu ile aynı maddede yer alan düzenlemeye göre, “*Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Her iki düzenlemeyle de korunmak istenen hukuki değer kamu barışı olmakla birlikte, 216. maddenin 2. fıkrasında halkın bir kesiminin, diğer farklılıklar yanında, din farklılığına dayanarak alenen aşağılanması, 3. fıkrasında ise halkın bir kesiminin benimsediği dini

⁹³¹ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 30, ARTUK, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, s. 490, ALŞAHİN, M. Emin, Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (5237 Sayılı TCK. m. 151 vd.), Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 127.

değerlerin alenen aşağılanması suç olarak düzenlenmiştir. Böylece, halkın bir kesiminin aşağılanması suçunda suç, halkın bir kesiminin aşağılanması ile oluşmaktayken, dini değerleri aşağılama suçunda aşağılama fiili dini değerlere yönelmektedir.

Her iki suç tipinde de suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*”dır. Ancak, 216. maddenin 3. fıkrasında aşağılamanın kamu barışını bozmaya elverişli olması aranmaktayken, 2. fıkrada aşağılama fiili bakımından böyle bir özelliğe yer verilmemiştir. Bu bakımdan her iki suç da soyut tehlike suçu olma özelliğine sahiptir.

Bir diğer husus, halkın bir kesiminin aşağılanması suçunda, suçun oluşabilmesi için din farklılığına dayanarak aşağılamanın gerçekleştirilmesi gerektiğidir. Oysa dini değerleri aşağılama suçunun oluşabilmesi için, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin din farklılığına dayanarak aşağılanması aranmamaktadır. Bu nedenle, suçun faili ile mağdurunun, mutlaka halkın din bakımından farklı kesimlerine mensup olmalarına da gerek yoktur. Kişinin, kendi inandığı değerleri aşağılaması halinde de dini değerleri aşağılama suçunun oluşması mümkündür⁹³².

Gerek halkın bir kesimini aşağılama ve gerek ise dini değerleri aşağılama suçunun manevi unsuru özel kastır. Zira ileride daha ayrıntılı ifade edeceğimiz üzere, her iki suç tipinde de suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğu özellikler, suçun genel kast ile işlenmesini yetersiz kılmaktadır.

Her iki düzenleme bakımından, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

E. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu

Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama suçu, 5237 sayılı TCK’nun “*Özel Hükümler*” kitabının “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmının “*Devletin Egemenlik Alâmetlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü bölümünde ve 301. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

⁹³² ARTUK/ALŞAHİN, s. 1000.

“(1)*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2)*Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*

(3)*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*

(4)*Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”*

Türk milletini, Türkiye cumhuriyeti devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama suçu, devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiş olup, bu suçla kişilerin şeref ve haysiyetinin veya bir grubun sahip olduğu değerlerin ötesinde devletin varlığı açısından önem taşıyan manevi değerler ve kuruluşların işleyişi korunmaya çalışılmaktadır⁹³³. Halkın bir kesimini aşağılama suçunda ise korunan hukuki değer, kamu barışı ile birlikte aşağılama fiiline maruz kalan halk kesiminin onurudur.

Her iki suç tipi bakımından da suç teşkil eden fiil “*alenen aşağılama*” olmakla birlikte, TCK’nun 301. maddesinde aşağılamanın konusunu, “*Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, devletin yargı organları ve devletin askerî veya emniyet teşkilatı*”, 216. maddenin 2. fıkrasında ise, madde metninde sayılan özelliklere sahip “*halk kesimi*” oluşturmaktadır.

Türk milletini, Türkiye cumhuriyeti devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama suçu kasten işlenebilen bir suç olmakla birlikte, doktrinde suçun oluşması için genel kastı yeterli görenler olduğu gibi suçun ancak özel kastla işlenebileceğini kabul eden yazarlar da bulunmaktadır⁹³⁴. Kanaatimiz, suçun oluşabilmesinin failde bu kurum veya organları aşağılama saikinin olmasına bağlı olduğudur. Bu anlamda, düşüncemize göre suç, özel kastla işlenebilen bir suçtur. Yargıtay da 765 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarında istikrarlı olarak, özel kastın varlığını aramıştır⁹³⁵. Halkın bir kesimini aşağılama suçu da bu

⁹³³ ZAFER, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 217.

⁹³⁴ SANCAR, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, s. 183 vd., ARTUK, Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 sayılı TCK m. 301), s. 233, 234.

⁹³⁵ YCGK, 2006/9-169 E., 2006/184 K., 11.7.2006, YCGK, 2004/9-88 E., 2004/107 K., 04.05.2004, YCGK, 2000/9-260 E., 2001/8 K., 30.01.2001, YCGK, 1998-9/70 E., 1998/156 K., 05.05.1998, YCGK, 1995/9-127 E., 1995/157 K., 22.05.1995, YCGK, 1987/167 E., 1987/422 K., 05.10.1987, Yarg. 9. C. D., 2000/2697 E., 2001/1071 K., 04.04.2001, Yarg. 9. C. D., 2000/2978 E., 2000/3019 K., 27.11.2000, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016),

anlamda TCK'nun 301. maddesiyle benzerlik göstermektedir. Zira halkın bir kesiminin aşağılanması suçunun oluşabilmesi için de failde, madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimini, bu özelliklerinden kaynaklanan farklılığa dayanarak aşağılama kastı olmalıdır. Bu anlamda TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun oluşabilmesi için de özel kastın varlığı aranmalıdır.

Son olarak, her iki suç açısından da kanun koyucu, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı hususunda özel düzenlemelere yer vermiştir. Nitekim kamu barışına karşı suçlar bakımından ortak hüküm olarak düzenlenen TCK'nun 218. maddesinde, *“haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”* hükmüne yer verilmişken, 301. maddenin 3. fıkrasında *“Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”* düzenlemesine yer verilmiştir.

F. Hakaret İçeren Tezahürat Suçu

31.03.2011 tarih ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Spor alanlarında veya çevresinde toplum kesimlerini din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek hakaret oluşturan söz ve davranışlarda bulunan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadağı takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise, *“Birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların yazılı pankart taşınması veya asılması ya da duvarlara yazı yazılması suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”*

Hakaret içeren tezahürat suçu, TCK'nın 216. maddesinin 2. fıkrasındaki suça nazaran özel nitelikli bir suç tipidir. Fakat kanun koyucu, 6222 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında, bu hükmün uygulanması bakımından *“fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması”* şartına yer vermiştir.

Bu durumda, somut olayda her iki suç tipinin de koşulları oluşmuşsa, uygulanması gereken hüküm, 216. maddenin 2. fıkrası olacaktır. Zira halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun karşılığında öngörülen ceza, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası iken, 6222 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen ceza üç aydan bir yıla kadar

hapis cezasıdır. Bu durumda, türü aynı olan cezaların aşağı ve yukarı sınırları bulunmakta ve bu cezaların yukarı sınırı eşit, aşağı sınırları farklı ise, aşağı sınırı çok olan cezayı kapsayan hüküm, daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç olarak değerlendirilecektir⁹³⁶.

Diğer yandan, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunda, “aleniyet” suçun bir unsuru olarak öngörülmüşken, hakaret içeren tezahürat suçunun 2. fıkrası bakımından, unsur olarak öngörülmemiştir.

216. maddenin 2. fıkrasında suç teşkil eden fiil, “aşağılamak” olarak belirlenmişken, 6222 sayılı Kanun’un 14. maddesinin 2. fıkrasında “hakaret oluşturan söz ve davranışlarda bulunmak” olarak belirlenmiştir.

Son olarak, hakaret içeren tezahürat suçunun “din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek” işlenmesi gerekmektedir, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun, “sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak” işlenmesi gerekmektedir.

G. Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Toplumda Nefret Duyguları Oluşturma Kabahati

15.02.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un “Yayın Hizmeti İlkeleri” başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, “Yayın hizmetleri, ...ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturamaz.”

Aynı maddenin e bendine göre ise, yayın hizmetleri “İrk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, engellilik, siyasî ve felsefî düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içerebilir ve teşvik edemez.”

Söz konusu yayın ilkelerine aykırı davranılması halinde ise Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından idari para cezasına ve/veya idari tedbir uygulanmasına hükmedilir. Zira aynı Kanun’un 32. maddesine göre, “Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo

⁹³⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 141.

kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz. Ayrıca, idarî tedbir olarak, ihlale konu programın yayınının beş keze kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilir. İhlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak, bu fıkra hükümlerine göre idarî para cezası ile birlikte idarî tedbire karar verilebileceği gibi, sadece idarî para cezasına veya tedbire de karar verilebilir.

8 inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcıları uyarılır. Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz.”

Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 32. maddesinin 3. fıkrasına göre, söz konusu yükümlülük veya yasak ihlalinin suç oluşturması halinde, bu suç nedeniyle ilgililer hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde hükümlerine göre idarî para cezası veya idarî tedbir kararı verilir. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre ise, 8. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına, ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir.

V. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

A. Almanya

İnceleme konumuza benzer bir düzenleme ACK’nun 130. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde yer almaktadır. Maddenin, Avrupa Birliği kapsamında alınan 2008/913/JHA 6 sayılı Konsey Çerçeve Kararı’nın 1. maddesinin 1. fıkrasının a ve c bentleri göz önünde bulundurularak⁹³⁷ 2011 yılında değişikliğe uğramış olduğunu ifade etmek mümkündür.

⁹³⁷ 2008/913/JHA 6 sayılı Konsey Çerçeve Kararının 1. maddesinin 1. fıkrasının a ve c bentlerine göre, “Her üye devlet, aşağıda yazılı kasıtlı davranışların cezalandırılmasını sağlamak için gereken önlemleri alacaktır:

Söz konusu maddeye göre, “(1) Her kim kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde,

1. Ulusal, ırksal, dini veya etnik köken temelinde bir topluluğa veya halk kesimlerine yahut halkın bir kesimine ya da kişilere karşı yukarıda belirtilen özellikleri nedeniyle nefret (kine) tahrikinde, şiddet kullanılması ya da keyfî tedbirler alınması çağrısında bulunursa veya

2. yukarıda tanımlanan bir topluluğa, halkın bazı kesimlerine veya yukarıda belirtilen halkın bir kesimine mensup bulunması dolayısı ile bireylerin, sövmek, küçük düşürmek veya gerçek dışı olgular isnat etmek suretiyle insan onuruna saldırırsa,

üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır;

1. bir yazıyı (m. 11 fıkra 3)⁹³⁸, yayar veya kamunun ulaşabilmesini sağlar veya on sekiz yaşından küçük bir kişiye bir yazı sunar, ona bırakır veya ulaşabilmesini sağlarsa ve bu yazı,

a) birinci fıkranın 1 numaralı bendinde tanımlanan gruplara, halk kesimlerine veya birinci fıkranın 1 numaralı bendinde tanımlanan gruplara mensup olması nedeniyle bireylere karşı nefrete (kine) tahrik ederse,

b) a harfli bentte adı geçen kişilere veya kişi topluluklarına karşı cebri veya keyfî muameleler yapılması için çağrıda bulunursa veya,

c) a harfli bentte adı geçen kişilere veya kişi topluluklarının insanlık onuruna, sövmek, küçük düşürmek veya gerçek dışı olgular isnat etmek suretiyle saldırırsa,

2. 1 numaralı bendin a ile c harflerinde tanımlanan muhtevaya radyo ve televizyon medyaları yoluyla on sekiz yaşını tamamlamamış olan bir kişinin veya kamunun ulaşabilmesini sağlarsa,

3. bu yazı veya bunlardan elde edilen parçaları 1 ile 2 harfli bentler anlamında kullanmak veya başkasının bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacıyla 1 numaralı

a) Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik kökeni ile tanımlanan bir insan topluluğuna ya da o topluluğun bir üyesine yönelik şiddet kullanımına veya nefrete alenen tahrik edilmesi,

c) Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik köken bakımından bir topluluğa ya da bu topluluğun bir üyesine karşı şiddet ve nefrete tahrik edebilecek şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 6, 7 ve 8. maddelerinde tanımlanan soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının alenen inkâr edilmesi, onaylanması ve önemsizleştirilmesi.

Söz konusu Çerçeve Kararın 4. maddesine göre ise, “1. ve 2. maddelerde belirtilenler dışındaki suçlar bakımından her üye devlet, ırkçı ve yabacı düşmanlığı saikinin cezaı artıran bir neden olarak kabul edilmesi ya da alternatif olarak söz konusu saikin, cezaların belirlenmesi sırasında mahkemeler tarafından dikkate alınmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır.” <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133178>, (Erişim Tarihi: 10.01.2016)

⁹³⁸ Belirtmek gerekir ki ACK’nun 11. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu fıkra atıfta bulunan hükümler bakımından görsel-işitsel medya, veri kayıtları, resim ve diğer görsel tasvirler yazı ile eşdeğerdir.

bendin a ile c harflerinde tanımlanan muhtevayı içeren bir yazıyı (m. 11 fıkra 3) üretir, başka birinin vasıtasıyla alır, teslim eder, depolar, sunar, reklam yapar veya ithal veya ihraç etmeye girişirse..⁹³⁹»

(3) Her kim Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan türden ve nasyonal sosyalist iktidarı altında işlenmiş bir fiili, kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde alenen veya bir toplantı sırasında onaylar, inkâr eder yahut önemsizleştirirse üç yıla kadar hapis cezası veya para cezasıyla cezalandırılır.

(4) Her kim, nasyonal sosyalist iktidarının zalimane şiddetini alenen ya da bir toplantı sırasında onaylamak, yüceltmek veya hukuka uygun olduğunu göstermek suretiyle soykırım mağdurlarının onurlarını ihlal edecek şekilde kamu barışını bozarsa üç yıla kadar hapis cezası veya para cezasıyla cezalandırılır.⁹⁴⁰»

⁹³⁹ YENİSEY/PLAGEMANN, 2015, s. 225, 226,

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1241, Kanun'un İngilizce çevirisi Prof. Dr. Michael Bohlander tarafından 2013 yılında yapılan değişiklikleri de içerecek şekilde 2015 yılında yapılmıştır. (Erişim Tarihi: 10.01.2016), <https://dejure.org/gesetze/StGB/130.html>, (Erişim Tarihi: 03.03.2017).

2011 yılında madde metninde yapılan değişiklik öncesinde ise madde hükmü şöyledir:

“Her kim kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde,

1. Halkı, halkın diğer bazı kesimleri aleyhine kine tahrik eder veya halka bunlara karşı cebri veya keyfî muameleler yapılması için çağrıda bulunursa... üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Her kim,

1. Halk kesimleri aleyhine veya ulusal, ırkı, dini veya kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine kin beslemeye tahrik eden, bunlara karşı cebri veya keyfî muameleler yapmaya çağrıda bulunan veya halk kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruplardan birine sövmek, kötü niyetle küçük düşürmek veya ona iftira etmek suretiyle başkalarının insanlık onuruna saldıran yazıları,

a) dağıtır,

b) alenen sergiler, duvara asar, gösterir veya sair suretle ulaşılabilmesini sağlar,

c) on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişiye sunar, ona bırakır veya bunlara bir kişinin ulaşılabilmesini sağlar,

d) bunları veya bunlardan elde edilen parçaları a ile c harfli bentler anlamında kullanmak veya başkasının bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacıyla üretir, başka birinin vasıtasıyla alır, teslim eder, depolar, sunar, ilan eder, metheder, ithal veya ihraç etmeye girişir veya

2. 1 numaralı bentte tanımlanan muhtevayı içeren bir sunumu radyo, medya veya telekomünikasyon ağ hizmetleri yoluyla yayarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.” YENİSEY/PLAGEMANN, 2009, s. 203, 204.

⁹⁴⁰ YENİSEY/PLAGEMANN, 2015, s. 224-226,

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1241, Kanun'un İngilizce çevirisi Prof. Dr. Michael Bohlander tarafından 2013 yılında yapılan değişiklikleri de içerecek şekilde 2015 yılında yapılmıştır. (Erişim Tarihi: 10.01.2016),

2011 yılında madde metninde yapılan değişiklik öncesinde ise madde hükmü şöyledir:

“Her kim kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde...,

2. halkın bazı kesimlerine sövmek suretiyle, onları kötü maksatla küçük düşürerek veya iftirada bulunarak başkalarının insanlık onuruna saldırıda bulunursa üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim,

1. Halk kesimleri aleyhine veya ulusal, ırkı, dini veya kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine kin beslemeye tahrik eden, bunlara karşı cebri veya keyfî muameleler yapmaya çağrıda bulunan veya halk kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruplardan birine sövmek, kötü niyetle küçük düşürmek veya ona iftira etmek suretiyle başkalarının insanlık onuruna saldıran yazıları,

a) dağıtır,

b) alenen sergiler, duvara asar, gösterir veya sair suretle ulaşılabilmesini sağlar,

c) on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişiye sunar, ona bırakır veya bunlara bir kişinin ulaşılabilmesini sağlar,

d) bunları veya bunlardan elde edilen parçaları a ile c harfli bentler anlamında kullanmak veya başkasının bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacıyla üretir, başka birinin vasıtasıyla alır, teslim eder, depolar, sunar, ilan eder, metheder, ithal veya ihraç etmeye girişir veya

Bu düzenleme, maddenin ilk değiştirilmiş hali değildir. Zira ilk defa 1985 yılında yürürlüğe giren söz konusu düzenleme, 1994 yılında da çeşitli değişikliklere uğramıştır. Soykırımın reddinin 1985 yılında yasaklanmasının gerekçesini, insan onurunun aşağılanması oluşturmuş olmakla birlikte, bu fiilin yaptırımı bir yıla kadar hapis veya para cezası olarak öngörülmüştür. 1994 yılında yapılan değişiklikle de suçun yaptırımı artırılmış ve beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Diğer yandan söz konusu yasaklama, Nazi sembolleri ya da sloganlarını temsil eden şeyleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁹⁴¹. (Bkz. ACK m. 86, 86a)

Belirtmek gerekir ki, ACK'da aleniyet, bu suçun bir unsuru olarak gösterilmemiştir. Bu anlamda Alman Hukukunda, söz konusu suçun oluşması için saldırının aleni olarak gerçekleşmesi gerekmediği gibi ayrıca tecavüz olunan halk kesiminin bu saldırıdan haberdar olması da gerekli değildir. Somut şartlara göre, bu tecavüzün kamuda yayılması yeterli olup, kulaktan kulağa yapılan bir propaganda da suçun oluşması açısından yeterlidir. Şu halde, Alman hukukunda suçun oluşması için ihtilatın yeterli görülmüş olduğunu ifade etmek mümkündür⁹⁴². Diğer yandan, ACK'nun 130. maddesinde, suçun, aşağılama ya da tahkirin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde cezalandırılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu nedenle somut olayda, aşağılama fiilinin bu elverişlilikte olup olmadığı araştırılmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, Almanya Nazi karşıtı kanun hükümlerini oldukça sert bir şekilde uygulanmakla birlikte, yukarıda da değindiğimiz üzere, suçun oluşması alenen işlenmesine bağlı olmamaktadır. Nitekim İHAM kararlarına yer verdiğimiz bölümde de ifade ettiğimiz üzere, Nazi soykırımının kamusal bir tartışmaya sebebiyet vermeksizin, bir mektupta tartışılması yahut reddedilmesi dahi cezalandırma ile sonuçlanmıştır⁹⁴³. Benzer şekilde, Nazi karşıtı tişört ve rozetlerin posta yoluyla siparişini alan bir şirketin sahibi olan Jürgen Kamm, sattığı ürünlerde gamalı haç ya da diğer bir Nazi sembolü olmasından dolayı 3600 Euro para cezasıyla cezalandırılmıştır. Oysa Kamm'ın sergilediği ürünler (üzeri çizili bir

2. 1 numaralı bentte tanımlanan muhtevayı içeren bir sunumu radyo, medya veya telekomünikasyon ağ hizmetleri yoluyla yayarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.” YENİSEY/PLAGEMANN, 2009, s. 203, 204.

⁹⁴¹ BAZYLER, Michael J., Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism, <https://www.yadvashem.org/yv/en/holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>, s. 3, (Erişim Tarihi: 21.07.2016)

⁹⁴² ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 18.

⁹⁴³ Witzsch v. Almanya, Başvuru No: 7485/03, 13.13.2005, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

gamalı haç) aşırı sağ görüşü eleştirmek veya reddetmek için satışa sunulmuştur. Buna rağmen kullanım amacı ne olursa olsun gamalı haçın alenen teşhiri cezalandırılmıştır⁹⁴⁴.

B. Avusturya

1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nun (Av.CK) “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında yer alan ve “*Tahrik*” suçu olarak düzenlenen 283. maddesinin ilk haline göre, “*Her kim, kamu düzenini tehlikeye sokmaya elverişli bir şekilde, ülkede var olan bir kilise ya da dini topluluğa yahut belli bir kilise veya dini topluluğa ya da bir ırka, halka, sınıfa veya devlete ait bir topluluğa karşı düşmanca fiiller işlenmesine alenen tahrik veya teşvik ederse yahut bir ırka, halka, sınıfa veya devlete ait bir topluluğu, insan onurunu zedeleyecek bir biçimde alenen aşağılarsa, iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*”⁹⁴⁵

Belirtmek gerekir ki 1 Ocak 2012 tarihinde yapılan değişiklikle, maddenin Kanun içindeki yeri, karşılığında öngörülen ceza ve başlığı değişmemiş olmakla birlikte, suç tipinin yöneldiği tahrik ya da aşağılama fiili mağdurlarının kapsamının genişlediği görülmektedir. Zira maddenin yeni metnine göre, tahrik ya da aşağılama niteliğindeki fiillerin, ırk, ten rengi, dil, din, dünya görüşü, vatandaşlık, etnik köken, milliyet, cinsiyet, engellilik, yaş yahut cinsel yönelim bakımından farklı insanların oluşturduğu bir grup/topluluğa yahut bu topluluklardan birinin üyesi olması nedeniyle, topluluğun bir üyesine yöneltilmesi, cezalandırmaya layık fiiller olarak değerlendirilmiştir. İkinci fıkra ise, birinci fıkrada sayılan özellikteki grupların alenen aşağılanması halinde, birinci fıkrada olduğu gibi iki yıla kadar hapis cezasının uygulanacağını ifade etmektedir⁹⁴⁶.

Diğer yandan, 2016 yılının Ocak ayında yürürlüğe giren 2015 tarihli Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 283. maddenin 2. fıkrasında yer alan “*aşağılama*” niteliğindeki fiiller, 283. maddenin 1. fıkrasının 2. bendinde düzenlenmiştir. Aşağılama fiilinin yöneldiği topluluk/kişinin sahip olduğu özellik bakımından bir genişlemenin olduğu ve mağdur kapsamına “*belli bir vatandaşlık/uyruğa tabi olan veya olmayan*” topluluk ve kişilerin de dâhil edildiğini söylemek mümkündür. Böylece,

⁹⁴⁴ BAZYLER, s. 3, 4.

⁹⁴⁵ VENİCE COMMISSION, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society, Science and Technique of Democracy, No. 47, Council of Europe Publishing, 2010, s. 152, EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Austria, Council of Europe, 2010, s. 14.

⁹⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Austria, 2015, s. 11-13.

yabancılar ya da Avusturya vatandaşı olmayan topluluk ya da kişilere yönelen aşağılama niteliğindeki fiiller de suç kapsamında değerlendirilecektir. Her iki düzenleme de “aşağılama” fiillerinin cezalandırılmasının, söz konusu fiillerin “*insan onurunu*” ihlal etmek kastıyla işlenmesine bağlamıştır. Söz konusu kastın aranmasının temel sebebi ise, düşünceyi ifade özgürlüğü ile ayrımcılık, nefret ya da şiddet temelli ifadeler arasında bir denge sağlanmaya çalışılmasıdır. Diğer yandan, söz konusu değişikliklerle 283. maddenin 3. fıkrasına, soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçların inkâr edilmesi, önemsizleştirilmesi, meşrulaştırılmaya çalışılması ve onaylanmasının iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılabilmesi hükmü eklenmiştir. 4. fıkra ise, bu içerikteki materyallerin dağıtım ve yayılmasını suç olarak düzenlemekle birlikte, bu hususta açık bir kastın bulunmasını, cezai sorumluluk için bir ön koşul olarak görmemektedir⁹⁴⁷.

C. Belçika

TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrası kapsamında yer verilen suç tipine BCK’da ayrıca ve özel olarak yer verilmemekle birlikte, Belçika’daki Kanunlar ve ilgili hükümleri incelendiğinde, bir kimse, bir topluluk ya da bir halka karşı ayrımcılık, nefret ve şiddete tahrik fiillerinin cezalandırıldığı görülmektedir. Bu anlamda genel olarak nefret söylemi başlığı altında değerlendirilen fiiller, “*ayrımcılık*”, “*ırkçı fikirlerin yayılması*”, “*aşağılama*”, “*ayrımcılığa ya da ırkçılığa teşvik eden bir grup veya derneğe üyelik*” veya “*nefrete ya da şiddete tahrik*” olarak anlaşılmakla beraber, suçun işlendiği koşullar ve açıklanan düşüncenin ya da işlenen fiilin niteliğine göre hangi kanun hükmünün uygulanacağı belirlenmektedir⁹⁴⁸.

Bu kapsamda, bir grup/topluluğun, belirli bazı karakteristik özellikleri nedeniyle aşağılanması/tahkir edilmesi fiili, “*nefrete tahrik*” kapsamında değerlendirilmekte ve somut olayda, aşağılama ya da tahkir niteliğindeki fiile maruz kalan grup/topluluğun ilgili kanunlarda koruma altına alınan özelliklere sahip olup olmadığı araştırılarak bir değerlendirme yapılmaktadır⁹⁴⁹. Bu değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulacak düzenlemeler ise, Federal Irkçılık Karşısı Kanun ve Federal Ayrımcılık Karşısı Kanundur.

⁹⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Austria, 2015, s. 52, 53.

⁹⁴⁸ EUROPEAN PARLIAMENT STUDY, Belgium, s. 152, 153.

⁹⁴⁹ EUROPEAN PARLIAMENT STUDY, Belgium, s. 153.

Nitekim, Irkçılık Karşıtı Kanun'un 20. maddesine göre, “Her kim, Ceza Kanunu’nun 444. maddesindeki şartlar kapsamında, milliyet, ırk, ten rengi, engellik veya milli ya da etnik köken temelli olarak, bir kimse ya da bir topluluğa karşı ayrımcılık, nefret ve şiddet tahrikinde bulunursa, bir aydan bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve elli eurodan bin euroya kadar para cezasına ya da bu cezalardan birine hükmolunur⁹⁵⁰.”

Ayrımcılık Karşıtı Kanun’un 22. maddesine göre ise, “Her kim, Ceza Kanunu’nun 444. maddesindeki şartlar kapsamında, yaş, cinsel yönelim, medeni durum, doğum, maddi durum, din veya inanç, politik görüş, sendikal ilişki, dil, hâlihazırdaki ya da gelecekteki sağlık durumu, engellilik, fiziksel ya da genetik özellik yahut sosyal köken temelli olarak, bir kimse ya da bir topluluğa karşı ayrımcılık, nefret ve şiddet tahrikinde bulunursa, bir aydan bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve elli eurodan bin euroya kadar para cezasına ya da bu cezalardan birine hükmolunur⁹⁵¹.”

Her iki düzenleme bakımından da suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi, cezayı artıran nitelikli bir hal olup, öngörülen ceza iki aydan iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezadır. Diğer yandan fail hakkında, belli haklardan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin uygulanması da mümkündür⁹⁵².

Söz konusu düzenlemeler kapsamında, aleniyetin suçun oluşması için aranan bir unsur olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira her iki madde kapsamında da BCK’nun 444. maddesine atıfta bulunulmak üzere bir suç tipi oluşturulmuştur. BCK’nun 444. maddesi ise, aleniyetin, fiilin kamuya açık bir yerde ya da toplantıda, kamuya açık bir yer olmasa bile, insanların girip çıkmasının izne bağlanmadığı bir yerde veya mağdur ve görgü tanıklarının huzurunda veyahut yazılı ya da diğer bir belge/yayınla, bir resim veya nesnenin sergilenmesi, dağıtılması, satılması, satışa arz edilmesi veyahut aleni olarak teşhir edilmesi ve nihayet henüz yayımlanmamakla birlikte bir kısım kişiye gönderilmiş ya da bu kişilerin bilgisine sunulmuş bir yayın/belge aracılığıyla işlenmesi halinde oluşacağını kabul etmiştir⁹⁵³.

Diğer yandan, bahsi geçen Kanunların her biri, düzenleme kapsamlarındaki suçların, internet ortamında ve yazılı, görsel ya da sözlü olanlar da dâhil olmak üzere basın-yayın

⁹⁵⁰ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 155.

⁹⁵¹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 157.

⁹⁵² EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 155, 157.

⁹⁵³ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 155.

yoluyla işlenmesi halinde, cezai nitelikte yaptırımların uygulanacağını öngörmüştür⁹⁵⁴. Son olarak, kraliyet savcılarının, Belçika Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 39bis maddesi gereğince, internet ortamında yayınlanan ancak teknik anlamda basın suçu olarak değerlendirilemeyecek nitelikteki nefret söylemlerini erişilemez hale getirmek için gerekli tüm teknik araçları kullanma (internet servis sağlayıcısından web sitenin engellenmesini talep etmek gibi) yetkisinin olduğunu ifade etmek gerekmektedir⁹⁵⁵.

Son olarak, 23 Mart 1995 tarihli Federal Kanun, soykırımın reddi, önemsizleştirilmesi, onaylanması ve meşrulaştırılmasını cezalandırmaktadır. Ancak söz konusu düzenlemedeki soykırım, II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Rejimi tarafından gerçekleştirilen soykırımla sınırlıdır⁹⁵⁶.

D. Danimarka

İnceleme konumuz olan suç tipine benzer nitelikte bir hüküm, 2005 tarihli Danimarka Ceza Kanunu’nun (DCK) özel hükümler kitabının “İnsan Onuru ve Temel Bireysel Haklara Karşı Suçlar” başlıklı 27. bölümünde ve 266b maddesinde yer almaktadır.

DCK’nun 266b maddesine göre ise, “Her kim, alenen ya da geniş bir şekilde yayılması amacıyla bir grup insanı ırk, renk, milli ya da etnik köken, din veya cinsel yönelim temelli olarak tehdit, aşağılama ya da küçük düşürme niteliğinde açıklamalarda bulunur veya bu nitelikte bilgiler yayarsa iki yıla kadar hapis cezası ya da para cezasıyla cezalandırılır.”⁹⁵⁷

Belirtmek gerekir ki DCK’nun 266b maddesi 1939 yılında nazi döneminin anti-semitizminden ilham alınarak yasalaştırılmış, 1995 yılında, ünlü bir dava olan ve İHAM tarafından da incelenen *Jersild* davasında gündeme gelmiştir. İHAM kararlarını incelediğimiz bölümde daha ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz üzere söz konusu davada

⁹⁵⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 151, 152, 153, 164.

⁹⁵⁵ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Belgium, s. 154.

⁹⁵⁶ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Belgium, Council of Europe, 2014,

⁹⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Denmark, Council of Europe, 2012, s. 15, BLEICH, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, s. 123.

Diğer yandan DCK’nun 266a maddesine göre, “Her kim, bu Kanunun 136. veya 266. maddesindeki hükümlerin uygulanmasını gerektiren haller dışında, şiddet ya da yıkıma neden olabilecek fiilleri provoke etmek amacıyla aleni açıklamalar yaparsa, bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezasıyla cezalandırılır.”

Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, 266a maddesinin uygulanabilmesi için, somut olayda işlenen fiillerin, 136. ya da 266. madde kapsamında belirlenen tipik fiillerden olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, Kanun’un 136. maddesinde belirtildiği üzere eğer bir kimse, diğerlerini bir suç işlemeye alenen tahrik ediyor ya da bir suçu alenen övüyorsa yahut 266. maddede belirtildiği üzere, bir kısım insanı, başkalarının hayatı, sağlığı veya huzurunu bozacak şekilde ciddi bir korku yaratmaları yahut cezalandırılabilir bir fiil işleyecekleri tehdidinde bulunmaları hususunda teşvikte bulunuyorsa, 266.a maddesinin uygulanması mümkün değildir.

Yeşil Ceketliler (Greenjackets) diye adlandırılan ırkçı bir grupla yapılan röportajın televizyonda yayınlanması şeklinde gelişen olaylarda başvuran, röportajda geçen “Kuzey devletleri zencilerin özgür olmasını istiyor; ama onlar insan değil, hayvan.”, “Önce bir gorilin fotoğrafına sonra da bir zenciye bak; aynı vücut yapısı, düz alın ve her şeyleri aynı.”, “Zenciler, Türkler, Yugoslavlar ve diğer yabancı işçiler gibi insan değil, hayvandır.”, “Gerçek şu ki onlar ‘şeytan/orta doğulu’ onlarda sevmediğimiz bu, zihniyetlerini sevmiyoruz... Ortalıkta Zimbabwe giysileriyle dolaşmalarını ve hula-hula dilini konuşmalarından hoşlanmıyoruz.”, “Uyuşturucu satıyorlar ve Vestre hapishanesinin yarısı uyuşturucu yüzünden içerde... Onlar zamanını uyuşturucu satmak için harcıyor.”, “Tüm şeytanlar uyuşturucu yüzünden içeride.” ifadelerini yayınlaması nedeniyle, DCK’nun, alenen bir ırkın aşağılanması fiilini cezalandıran 266b maddesindeki suçun işlenmesinde adı geçen ırkçı gruba yardım ve yataklık etmekten, Kopenhag Yerel Mahkemesi, Doğu Danimarka Temyiz Mahkemesi ve Danimarka Yüksek Mahkemesi tarafından mahkûm edilmiştir⁹⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki DCK’nun 266b maddesi, TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki fiiller bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Dini değerleri aşağılama suçuna ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda daha ayrıntılı değinmiş olmakla birlikte burada ifade etmek istediğimiz husus, dini değer, öğreti yahut ibadetlerin aşağılanması ya da tahkir edilmesi söz konusu olduğunda genellikle, konuyla ilgili özel bir düzenleme olan 140. madde değil 266b maddesi uygulama alanı bulmaktadır.

Son olarak, DCK kapsamında, soykırımın inkârı, önemsizleştirilmesi, onaylanması yahut meşrulaştırılması fiillerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 7 numaralı Genel Politika Tavsiyesi’nin uygulanmak suretiyle Danimarka’nın bu tür fiilleri ceza kanunu kapsamında suç olarak düzenlemesi gerektiğini raporlarında belirtmektedir⁹⁵⁹.

E. Fransa

TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrasında yer alan suç tipine benzer nitelikteki bir suç tipi, Fransız Ceza Kanunu’nda (Fr.CK) yer almakla birlikte, Fransız Basın Özgürlüğü

⁹⁵⁸ **Jersild v. Danimarka**, Başvuru No: 15890/89, 23.09.1994, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 09.09.2016), **BLEICH**, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, s. 123.

⁹⁵⁹ **EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE**, ECRI Report on Denmark, Council of Europe, 2012, s. 16.

Kanunu'nda (Fr.BÖK) da inceleme konumuz hakkında çeşitli düzenlemelerin yapılmış olduğu görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, gerek Fr.CK'nda ve gerek ise Fr.BÖK'nda yer alan düzenlemeler, doğrudan halkın belli bir kesiminin aşağılanması suç tipi haline getirmekten ziyade, genel bir düzenleme kapsamında “ayrımcılık, nefret veya şiddete tahrik” niteliğindeki fiilleri cezalandırmaktadır.

Nitekim Fr.CK'nun R.625-7 maddesine göre, “Her kim, bir kimse ya da bir topluluğa karşı, bu kişi ya da topluluğun kökeni ya da belli bir etnik köken, ırk veya dine mensup olmaları ya da olmamalarından kaynaklı olarak, aleni olmayan ayrımcılık, nefret veya şiddete tahrik eylemlerinde bulunursa, beşinci sınıf suçlar için öngörülen para cezasıyla (1500 €) cezalandırılır.”⁹⁶⁰

Fr.BÖK'nun 24. maddesinin 7. fıkrasına göre ise, “Her kim, 23. maddede gösterilen araçlardan birini kullanmak suretiyle, bir kimse ya da topluluğa karşı, bu kişi ya da topluluğun kökeni ya da belli bir etnik köken, ırk veya dine mensup olmaları ya da olmamalarından kaynaklı olarak, ayrımcılık, nefret veya şiddete tahrik eylemlerinde bulunursa, bir yıl hapis ve kırk beş bin euro para cezasıyla yahut bu cezalardan herhangi biriyle cezalandırılır.”⁹⁶¹

Belirtmek gerekir ki, madde kapsamlarında ifade edilen “nefrete tahrik” kavramının evrensel nitelikte bir tanımı bulunmamakla birlikte, nefrete tahrikten genel olarak, bir kimse ya da topluluğa, ırk, etnik köken, din, cinsel yönelim vs. gibi özellikleri nedeniyle yöneltilen incitici/rencide edici söylemler ya da davranışlar anlaşılmaktadır. Bu nedenle, soykırım ya da insanlığa karşı suçların inkârı ya da önemsizleştirilmesi yahut belli toplulukların aşağılanması/tahkir edilmesi gibi fiiller, nefrete tahrik kapsamında ele alınmaktadır⁹⁶².

Madde metninden de anlaşılabileceği gibi, Fransız Kanun Koyucu, ceza kanunu kapsamında, ayrımcılığa, nefrete ya da şiddete tahrik niteliğindeki fiillerin cezalandırılabilmesi için “aleniyet” unsurunu şart koşmamıştır. Bu anlamda, madde kapsamında öngörülen fiil, alenen işlenmese de suç teşkil edebileceği gibi, aleniyetin söz konusu olduğu hallerde ise, basın kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Zira

⁹⁶⁰ VENİCE COMMISSION, s. 168.

⁹⁶¹ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on France, Council of Europe, 2010, s. 14, VENİCE COMMISSION, s. 165, EUROPEAN PARLEMENT STUDY, s. 236.

⁹⁶² EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on France, s. 15, EUROPEAN PARLEMENT STUDY, France, s. 232, 234.

Fr.BÖK'nun 24. maddesinin 7. fıkrası, suçun 23. maddede gösterilen araçlarla işlenmesini, açıkça şart koşturmalıdır.

Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 23. maddesi ise, bir suçun işlenmesine tahriki düzenlemekte olup, söz konusu tahrikin, kamuya açık bir yer ya da toplantıda, sözlü, yazılı ya da basılmış bir malzeme, çizim, resim, fotoğraf, oyma sanatı, amblem yahut buna benzer yazılı ya da sözlü bir araçla veya kamuya açık bir yer ya da toplantıda, satılan, dağıtılan, satışa arz edilen ya da sergilenen bu nitelikteki bir araçla veyahut kamunun vakıf olacağı şekilde oyun kartları veya posterler ya da herhangi bir görsel-ışitsel iletişim yoluyla işlenmesi halinde cezalandırılacağı hususunu düzenlemiştir⁹⁶³. Şu halde, Fr.CK'nun R.625-7 maddesi kapsamındaki tahrik fiilinin, saydığımız araç ya da yollarla işlenmesi halinde, “*aleniyet*” unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Diğer yandan, Fr.BÖK'nun 24(5) maddesi, savaş suçları ya da insanlığa karşı suçların 23. maddede gösterilen araçlardan biriyle övülmesini, 24bis maddesi ise, bu nitelikteki bazı suçların inkarını beş yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve/veya kırk beş bin Euro para cezasıyla cezalandırmıştır⁹⁶⁴. Fr.CK'nun R645-1 maddesi de Nazi üniforma, amblem ve işaretlerinin alenen sergilenmesini yasaklamaktadır⁹⁶⁵.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda tanımlanan suçlar kapsamında Fr.BÖK, özel hukuk sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de öngörmüştür. Fakat söz konusu özel hukuk sorumluluğu, bu tür suçlara (nefret söylemi-nefret suçu) özgü nitelikte olup, medeni kanun kapsamındaki özel hukuk sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerden farklıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu ise, nefret söylemlerinin soruşturulmasına ilişkin bazı özel düzenlemeler getirmiştir. Nitekim gerçek veya tüzel kişiler yahut nefret söylemleriyle mücadelede aktif rol üstlenen kurumlar, bu tür suçlar hakkında şikâyetle bulunabildikleri gibi, mağdurun şikâyet hakkını kullanmadığı hallerde, savcı da kendiliğinden harekete geçebilmektedir. Bununla birlikte, nefret suçları ya da söylemlerine ilişkin suçlar bakımından, soruşturma, kovuşturma ya da yargılama makamları genel sorumlu makamlar olmakla birlikte, cezai sürece katılabilen iki özel nitelikte kurumun olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan biri, Fransız Eşitliği Sağlama Kurumu (The French Equality Body) ve diğeri ise Görsel-İşitsel Yayınlar Yüksek Kurumudur (The Higher Audiovisual

⁹⁶³ VENİCE COMMISSION, s. 164.

⁹⁶⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, France, s. 237.

⁹⁶⁵ BAZYLER, s. 7.

Council). Fransız Eşitliği Sağlama Kurumu, nefret suçu ya da söylemi mağdurlarına, delillerin toplanmasında yardımcı olmakta, mağdurla fail arasında arabuluculuk faaliyetleri üstlenmektedir. Diğer yandan, bu tür ayrımcılık temelli suçları işleyen kişiler hakkında para cezasına hükmedebilmekte ve şikâyetle bulunabilmektedir. Görsel-İşitsel Yayınlar Yüksek Kurumu ise, nefret söylemi niteliğinde yayınlar yapan özel ya da devlet televizyonları veya radyoları hakkında idari nitelikte yaptırımlara başvurabilmektedir⁹⁶⁶.

F. Hollanda

İnceleme konumuza benzer suç tipleri, 1881 tarihli HCK'nun 137c ve 137e maddelerinde yer almaktadır.

HCK'nun 137c maddesine göre, *“Her kim, aleni bir şekilde ırk, din veya inanç, cinsel yönelim ya da fiziksel, psikolojik veya zihinsel yetersizlik temelli olarak, bir kısım insanı aşağılayan nitelikte sözlü, görüntülü yahut yazılı açıklamalarda bulunursa, bir yıla kadar hapis cezası ya da seksen bin yüz euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.*

*Birinci fıkradaki suçun, itiyadi suçlu ya da suçu meslek edinen kişi tarafından yahut iki veya daha fazla kişinin iştirak ederek işlenmesi halinde, iki yıla kadar hapis cezası ya da yirmi bin iki yüz elli euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.*⁹⁶⁷”

HCK'nun 137e maddesine göre ise, *“Olgulara dayanan bilgilerin sağlanması dışındaki hallerde,*

Her kim, ırk, din veya inanç, cinsel yönelim ya da fiziksel, psikolojik veya zihinsel yetersizlik temelli olarak, bir kısım insanı aşağıladığını veya ırk, din veya inanç, cinsiyet, cinsel yönelim ya da fiziksel, psikolojik veya zihinsel yetersizlik temelli olarak, bir kısım insana karşı nefret ve ayrımcılığa veyahut bu kişilerin şahıs ya da malvarlığına karşı şiddet uygulanmasına alenen tahrik ettiğini bildiği yahut bilmesi gerektiği açıklamaları kamuya yayar yahut bu nitelikte olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği herhangi bir nesneyi kamuya dağıtır veya dağıtmak kastıyla bulundurursa, altı aya kadar hapis ya da üçüncü kategori para cezasıyla cezalandırılır.

⁹⁶⁶ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, France, s. 232, 233.

⁹⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Netherlands, Council of Europe, 2013, s. 11, EUROPEAN PARLEMENT STUDY, s. 306.

Birinci fıkradaki suçun, itiyadi suçlu ya da suçu meslek edinen kişi tarafından yahut iki veya daha fazla kişinin iştirak ederek işlenmesi halinde, bir yıla kadar hapis cezasına ya da dördüncü kategori para cezasına hükmolunur.”

Dikkat edilirse, HCK’nun 137e maddesi, gerek 137c ve gerek ise TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında incelediğimiz 137d maddesini kapsayıcı ve bu hükümlere atıf yapan nitelikte bir düzenlemeye yer vermiştir. Bir diğer ifadeyle, aslında HCK’nun 137e maddesi, ayrı ayrı suç tipi haline getirilmiş 137c ve 137d maddelerinde gösterilen fiilleri, tek bir madde kapsamında cezalandırmaktadır. Fakat 137e maddesinin bahsi geçen düzenlemelerden farkı, Hollanda kanun koyucusunun bu madde kapsamında, madde metinlerinde belirtilen nitelikteki nefret söylemlerinin yayılması ya da neşrini cezalandırmasıdır. Bu nedenle, söz konusu nitelikteki açıklamaları yayan kişilerin, yayılan açıklamaların içeriği hakkında gerçekten bir bilgisi olmasa bile cezalandırılmakta, makul bir insanın söz konusu içerikten şüphelenmesini haklı kılan gerekçelerin var olması yeterli görülmektedir. Bu anlamda söz konusu suçun failleri, örneğin ırkçı edebi eser satan kitapevleri ya da nazi eşyaları satan internet siteleri olabileceği gibi, bu nitelikteki kitap, makale, eşya, film, cd ya da dvdleri yaymak amacıyla dağıtan şahıslar da olabilir⁹⁶⁸.

Diğer yandan, madde kapsamındaki fiillerin cezalandırılması “*olgulara dayanan bilgilerin sağlanması dışındaki hallere*” bağlanmıştır. Söz konusu ibare, düşünceyi ifade özgürlüğüne daha geniş bir yer açmak maksadıyla getirilmiş olmakla birlikte örneğin, nazi propagandası niteliğinde olabilecek bir eşyanın bir tarih müzesinde sergilenmesi, propaganda niteliği taşımadığı sürece, basının bir haberin parçası olarak bir takım açıklamaları kamunun bilgisine sunması yahut bir kütüphanenin ayrımcı yayınlara internet yoluyla ulaşımı sağlaması, HCK’nun 137e maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir⁹⁶⁹.

Aynı Kanun’un 137h maddesine göre ise, HCK’nun 137c maddesindeki suçun, bir mesleğin icrası kapsamında işlenmesi halinde, fiili gerçekleştiren kişinin bu meslekten men edilmesi söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, suçun oluşması için aranan unsurlardan birinin “*aleniyet*” olmasından dolayı, suç teşkil eden fiilin basın-yayın, radyo, televizyon ya da internet yoluyla işlenmesi halinde de suç oluştuğu kabul edilebilecektir⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Holland, s. 301.

⁹⁶⁹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Holland, s. 301.

⁹⁷⁰ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Holland, s. 301, 306, 307.

Son olarak, soykırım inkârına yönelik HCK’da özel bir düzenleme olmamakla birlikte, bu nitelikteki açıklamalar, Yüksek Mahkeme’nin içtihatları doğrultusunda, Kanun’un 137c ve 137e maddeleri kapsamında cezalandırılmaktadır⁹⁷¹.

G. İsveç

İnceleme konumuza benzer nitelikteki hükümlere, İsveç Anayasası ve İsveç Ceza Kanunu’nda (İs.CK) rastlamak mümkündür.

Anayasal düzenlemeler bakımından değerlendirildiğinde, TCK’nun 216. maddesi kapsamındaki genel nitelikteki hükümlerin, Anayasa’nın bir parçası niteliğinde olan Basın Özgürlüğü ve Düşünceyi İfade Özgürlüğü Kanunlarında yer aldığı görülmektedir.

Nitekim Basın Özgürlüğü Kanunu’nun 7. bölümünde yer alan 4. maddenin 11. paragrafında, ırk, ten rengi, milli ya da etnik köken, dini inanç veya cinsel yönelim temelli olarak halkın bir kesimine karşı tehdit yahut hakaret oluşturacak nitelikteki açıklamaların basın yayın yoluyla yapıldığı hallerde, söz konusu fiillerin kanun tarafından cezalandırılabileceği ifade edilmiştir. Düşünceyi İfade Özgürlüğü Kanunu’nun 5. bölümünün 1. maddesinde ise, Basın Özgürlüğü Kanunu’nun 7. bölümünün 4. maddesinde yer alan türden fiillerin, radyo ya da diğer bir teknik kayıt yöntemiyle işlenmesi halinde de kanun tarafından cezalandırılacağı düzenlenmiştir⁹⁷².

Konuya ilişkin cezai hüküm ise, 1962 tarihli İs.CK’nun özel hükümler kitabının “*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*” başlığı altındaki 16. bölümünde ve 8. kısmında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Her kim, milli ya da etnik köken, ırk, ten rengi, cinsel yönelim ya da dini inanç temelli olarak halkın bir kesimine karşı tehdit yahut hakaret oluşturacak nitelikteki açıklamalarda bulunur ya da bu tür açıklamaları yayarsa, “Milli veya Etnik Temelli Kışkırtıcılık” suçu nedeniyle iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezası ile cezalandırılır.*”⁹⁷³

Para cezasının hesaplanmasına ilişkin kurallar, İs.CK’nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. 25. maddede yer alan genel kurala göre ise, para cezası otuz günden yüz elli güne kadar ver her bir gün için beş eurodan yüz euroya kadar miktar belirlenmek

⁹⁷¹ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Netherlands, s. 12.

⁹⁷² EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Sweden, s. 342, 343.

⁹⁷³ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Sweden, Council of Europe, 2012, s. 16, THOMAS, s. 33, *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru No. 1813/07, 09.02.2012*, 18. paragraf, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Criminal Code of Republic of the Kingdom of Sweden, (Erişim Tarihi: 23.10.2015)

suretiyle hesaplanır⁹⁷⁴. Söz konusu cezai hükümler, suçun basın-yayın yoluyla işlendiği hallerde de uygulanma alanına sahiptir. Zira ne Basın Özgürlüğü Kanunu ne de Düşünceyi İfade Özgürlüğü Kanunu’nda, bu tür fiillerin işlenmesi halinde uygulanacak kurala ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmiştir⁹⁷⁵.

Soykırımın inkârı, önemsizleştirilmesi, onaylanması yahut meşrulaştırılması fiillerine ilişkin olarak ise, İs.CK kapsamında, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 7 numaralı Genel Politika Tavsiyesi’nin uygulanmak suretiyle, İsveç’in bu tür fiilleri ceza kanunu kapsamına alması gerektiğini raporlarında belirtmektedir⁹⁷⁶.

Son olarak, tüzel kişilerin, inceleme konumuza ilişkin fiillerin işlenmesi dolayısıyla herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Tüzel kişilerin sorumluluğu İs.CK’nun 36. bölümünün 7. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte, bu cezai sorumluluk sadece tüzel kişinin ticari faaliyetleriyle bağlantılı suçlar bakımından kabul edilmiştir⁹⁷⁷.

H. Macaristan

MCK’da, ırk, ten rengi, dil, din, milliyet, milli ya da etnik köken vs. gibi özellikleri nedeniyle bir kısım insanın alenen aşağılanması/tahkir edilmesi veyahut bu nitelikteki açıklamaların yazılı, görüntülü veya diğer bir yolla yayılması, dağıtılması, üretilmesi ya da bu tür ayrımcı düşünceleri destekleyen bir topluluğun kurulması, faaliyetleri içinde yer alınması ya da bu topluluğa liderlik edilmesi fiillerini kapsayan ayrı bir düzenleme söz konusu değildir⁹⁷⁸.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, madde metninde yer alan “*nefrete tahrik*” ibaresi, hem kin ve düşmanlığa tahrik hem de aşağılama niteliğindeki fiiller bakımından uygulama alanı bulmaktadır.

Diğer yandan, söz konusu Kanun’un özel hükümler kitabının “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlıklı 32. bölümünün “*Topluluğa Karşı Tahrik*” başlıklı 332. maddesinde, “*Her kim, kamuya açık bir şekilde,*

a) *Macaristan ulusuna,*

⁹⁷⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Sweden, s. 343.

⁹⁷⁵ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Sweden, s. 346, 347, 348.

⁹⁷⁶ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Denmark, Council of Europe, 2012, s. 16.

⁹⁷⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Sweden, Council of Europe, 2012, s. 17.

⁹⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Hungary, Council of Europe, 2015, s. 12.

b) herhangi bir milli, etnik, ırksal ya da dini topluluğa ya da

c) özellikle engellilik, cinsiyet ya da cinsel yönelim gibi toplumun belli bir sosyal grubuna karşı nefrete tahrikte bulunursa, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.⁹⁷⁹” hükmüne ve “İnsan Onuru ve Temel Haklara Karşı Suçlar” başlıklı 26. bölümünün 216. maddesinde, “Her kim, milliyet, ırk, din, engellilik, cinsiyet ya da cinsel yönelim bakımından belli bir topluluğun üyesi olan ya da böyle bir topluluğun üyesi olduğunu düşündüğü kişilere karşı, bu kişiler arasında panik yaratmak ya da bu kişileri korkutmak amacıyla toplumsal zarar oluşturan nitelikte fiiller işlerse, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu kapsamda, “aşağılama” niteliğinde fiillerin, 216. ve 332. maddeler kapsamında somut olayın özelliklerine göre cezalandırılması gündeme gelebilir⁹⁸⁰.

Belirtmek gerekir ki, Macar Kanun Koyucusu, nefret suçu ve nefret söylemi kavramlarını Kanun kapsamında kullanmamış olmakla birlikte, uygulamada nefret suçları, suç teşkil eden bir fiilin önyargı saikiyle işlenmesini, nefret söylemi ise, ten rengi, etnik köken, milliyet, cinsiyet, din vs. gibi bir takım özellikleri nedeniyle, mağdura yönelen sindirici, rencide edici ve tehdit niteliği taşıyan davranışlar şeklinde anlaşılmaktadır⁹⁸¹. Bununla birlikte, soykırım ve insanlığa karşı suçlar hakkında ifade edilen bazı düşünceler yahut kullanılan bazı semboller de nefret söylemi kapsamında ele alınabilmektedir.

Zira Kanun’un 333. maddesine göre, “Her kim, kamuya açık bir şekilde, nasyonal sosyalist ve komünist rejimlerin gerçekleştirdiği soykırım ve insanlığa karşı diğer suçları önemsizleştirir, inkâr yahut şüphe eder ya da meşrulaştırmaya çalışırsa, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır⁹⁸².”

Yine aynı Kanun’un 335. maddesine göre, “Her kim, gamalı haç, SS işareti (Schutzstaffel), ok ve haç (arrow-cross), orak ve çekiç yahut beş köşeli yıldız sembollerini ağır bir suçun işlenmesine neden olacak şekilde dağıtır, kamu içerisinde kullanır, alenen sergilerse para cezasıyla cezalandırılır.

⁹⁷⁹ KOLTAY, ANDRÁS, Hate Speech and The Protection of Communities in The Hungarian Legal System, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2197914, (Erişim Tarihi: 06.01.2014), s. 4, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Criminal Code of the Republic of Hungary, (Erişim Tarihi: 23.10.2015)

⁹⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Hungary, Council of Europe, 2015, s. 12.

⁹⁸¹ EUROPEAN PARLIAMENT STUDY, Hungary, s. 255.

⁹⁸² KOLTAY, s. 13.

Söz konusu despotizm sembollerinin, bilimin, bilginin, ilmin ve sanatın yayılması yahut tarihsel veya güncel olaylar hakkında bilgi verilmesi amacıyla kullanılması halinde fiil cezalandırılmaz.

*Birinci ve ikinci fıkradaki hükümler yürürlükteki devletlerin resmi sembolleri bakımından uygulanmaz.*⁹⁸³

MCK'nun söz konusu fiiller karşılığında öngördüğü ceza, hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmakla beraber, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine bazı tedbirlerin uygulanması da mümkün olabilecektir. Zira MCK'nun "Cezalar" başlıklı 7. bölümünün 33. maddesinin 4. fıkrası gereğince, işlenen suç karşılığında öngörülen ceza, en fazla üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörüyorsa, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine 33. maddenin 1. fıkrasında gösterilen, gözetim altında bulundurma, kamusal hizmette çalıştırma, para cezası, mesleğin yapılmasından men, araç kullanmanın yasaklanması, belli bir bölgede ikamet etmenin yasaklanması, spor faaliyetlerine katılmanın ya da yurtdışına çıkmanın yasaklanması yaptırımlarının biri ya da birkaçının birden uygulanması mümkündür. Diğer yandan yine MCK'nun 63. maddesinin 2 ila 4. maddelerine göre, kınama, denetimli serbestlik, zararın telafi edilmesi, müsadere, elektronik bilgiye ulaşılmasının engellenmesi cezai tedbirlerinin, ceza yaptırımları yerine ya da onlarla birlikte uygulanması da mümkündür. Bu anlamda, Kanun'un 332. maddesinin karşılığında öngörülen ceza, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza olarak öngörülmüş olduğundan, bahsettiğimiz tedbirlere, ceza yerine ya da ceza ile birlikte hükmolunması söz konusu olabilecektir⁹⁸⁴.

Madde metnindeki suçun "kamuya açık bir şekilde" işlenmesinden anlaşılması gerekenin ise, diğer yollar yanında basın, medya hizmetleri, yayının çoğaltılması ya da elektronik haberleşme ağı yollarıyla işlenmesi olduğu, Kanun'un 459. maddesinde ifade edilmiştir. Diğer yandan, Macar Yüksek Mahkemesi de bu kavramı, suçun sayıca belirlenmesi mümkün olmayan bir topluluk nezdinde ya da böyle bir topluluğun suçu öğrenebilme/algılayabilme imkânının bulunduğu bir ortamda işlenmesi olarak yorumlamıştır⁹⁸⁵.

Son olarak, Macar Hukukuna göre tüzel kişilerin de cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Bu anlamda, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişilerin

⁹⁸³ KOLTAY, s. 7.

⁹⁸⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Hungary, s. 260.

⁹⁸⁵ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Hungary, s. 259.

ceza sorumluluğunu düzenleyen 2001 tarihli Kanun'un (CIV) 2. maddesindeki şartlar varsa, sorumluluk söz konusu olacaktır⁹⁸⁶.

İ. Polonya

İnceleme konumuza benzer nitelikte bir hüküm, 1997 tarihli PCK'nun özel hükümler kitabının “*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*” başlıklı 32. bölümünün 257. maddesinde yer almaktadır.

Adı geçen maddeye göre, “*Her kim, aleni bir biçimde milliyet, etnik köken, ırk ya da din farklılığına dayanarak yahut dini inançsızlık temelli olarak halkın bir kesimini ya da bir kimseyi aşağılar veya bu nedenlerden dolayı başka bir kişinin kişisel dokunulmazlığını ihlal ederse, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*”⁹⁸⁷

Diğer yandan, PCK, soykırım ve insanlığa karşı diğer suçların önemsizleştirilmesi, inkâr edilmesi yahut meşrulaştırılmaya çalışılmasına yönelik, özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bunun yerine Kanun'un 256. maddesinde, faşist ya da diğer bir totaliter sistemin savunulması suç olarak düzenlenmiştir. Ancak madde kapsamında faşist ya da totaliter ideolojinin yayılması yahut bu türden bir içeriğe sahip malzemelerin üretilmesi ya da dağıtılması suç olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Ulusal Anma Günleri Yasası'nın 1. maddesinin 1a fıkrası ile Polonya vatandaşları ve başka bir ülkenin vatandaşı olan Polonyalıları karşı işlenen soykırım ve diğer insanlığa karşı suçların reddedilmesi cezalandırılmıştır. Bu düzenleme, farklı bir etnik kökene sahip insanlara karşı işlenen bu suçların inkârını cezalandırmadığı gibi, söz konusu suçların önemsizleştirilmesi yahut meşrulaştırılmasını da müeyyide altına almamaktadır⁹⁸⁸.

Tüzel kişilerin sorumluluğu bakımından ise, “*Yasaklanan Fiillerden Dolayı Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında Kanun*”un 3. maddesi gereğince tüzel kişilerin sorumluluğunun kabul edilmiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira söz konusu madde, tüzel kişinin namına hareket eden bir şahsın hukuka aykırı bir fiil işlemesi halinde, tüzel kişinin cezai sorumluluğunun gündeme geleceğini açıkça düzenlemiştir. Aynı Kanun'un

⁹⁸⁶ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Hungary, s. 266.

⁹⁸⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, s. 47, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Criminal Code of the Republic Poland, (Erişim Tarihi: 23.10.2015)

⁹⁸⁸ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, s. 12, 16.

12. maddesi gereğince ise, PCK'nun 256 ila 258 maddelerinde tanımlanan suçlardan dolayı tüzel kişinin sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür⁹⁸⁹.

J. Yunanistan

TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suç tipine benzer nitelikteki fiiller, Yunan Ceza Kanunu ile birlikte uygulama alanı olan 1979 tarihli ve 927 sayılı'da yer almaktadır. Irk Ayrımcılığına Karşı Kanun'da 2014 tarihinde ve 4285 sayılı Kanun'un birinci maddesiyle çeşitli değişiklikler yapılmış olmakla birlikte⁹⁹⁰, Kanun'un inceleme konumuza ilişkin düzenlemesi şöyledir:

“Her kim, kasten ve aleni bir şekilde bir kimse ya da topluluğa karşı ırk, ten rengi, din, soy, milliyet ya da etnik köken, cinsiyet veya cinsel yönelim temelli olarak, kamu düzenini tehlikeye sokacak şekilde veya bu özelliklere sahip kişilerin yaşam, özgürlük ve fiziksel bütünlüklerini tehdit edici nitelikte ayrımcılık, nefret ya da şiddet eylemlerine sözlü ifadeler, basın-yayın, internet ya da herhangi diğer bir yolla tahrik veya teşvikte bulunursa veyahut bu tür eylemlerin ortaya çıkmasına neden olursa, üç aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve beş bin eurodan yirmi bin euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.

Her kim, birinci fıkra da gösterilen araçlarla, yukarıda belirtilen kişi ya da grupların kullandığı bir eşyaya zarar vermeye ya da bu eşyayı yok etmeye başkalarını kasten tahrik ya da teşvik ederse, üç aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve beş bin eurodan yirmi bin euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.

Tahrik veya teşvik fiili neticesinde bir suç işlenirse, hükmolunacak hürriyeti bağlayıcı cezanın asgari haddi altı ay olup, ayrıca on beş bin eurodan otuz bin euroya kadar para cezasına hükmolunur. Hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın bir yılı aşması halinde, siyasi hakların kullanılmasının bir yıldan beş yıla kadar kısıtlanmasına karar verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin, kamu görevlisi tarafından görevini icra ettiği sırada işlenmesi halinde, birinci ve ikinci fıkra bakımından hükmolunacak ceza, altı aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve on bin eurodan yirmi beş bin euroya kadar para cezası, üçüncü fıkradaki hallerde ise, bir yıldan az olmamak kaydıyla hürriyeti bağlayıcı ceza ve yirmi beş bin eurodan elli bin euroya kadar para cezasıdır.”⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, s. 13.

⁹⁹⁰ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Greece, Council of Europe, 2015, s. 13.

⁹⁹¹ EUROPEAN PARLIAMENT STUDY, Greece, s. 208, 212, 213.

Belirtmek gerekir ki, Irk Ayrımcılığına Karşı Kanun'da yer alan söz konusu düzenleme, TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasındaki gibi doğrudan "*halkın bir kesiminin aşağılanması*" fiilini cezalandırmıyorsa da uygulamada bu nitelikteki fiillerin Kanun kapsamında ele alındığını ifade etmek mümkündür. Nitekim Yunanistan'da Kanal4 adlı televizyon kanalında yayınlanan bir belgeselde, göçmenleri "*pis kokulu*" ve "*insan dışı varlıklar*" olarak niteleyen fail hakkında 1979 tarihli ve 927 sayılı Irk Ayrımcılığına Karşı Kanun'a göre soruşturma başlatılmış ve 65738/2014 sayılı kararla mahkûmiyete hükmedilmiştir. Söz konusu kararda yerel mahkeme, öncelikle 1979 tarihli ve 927 sayılı Kanun'un düşünceyi ifade özgürlüğü bakımından tehlike yaratmaması için dar bir şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiş fakat söz konusu özgürlüğün, insan onurunun korunması amacıyla sınırlandırılabilceğini kabul etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, sanığı bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm ederek, cezasını üç yıl ertelemiştir⁹⁹².

Diğer yandan, 1979 tarihli ve 927 sayılı Irk Ayrımcılığı Kanunu'nda 2014 tarihinde ve 4285 sayılı Kanun'un ikinci maddesiyle getirilen düzenlemeye göre, "*Her kim, kasten ve aleni bir şekilde sözlü ya da basın-yayın, internet veyahut diğer herhangi bir yolla, bir topluluğa ya da bu topluluğun üyesine karşı ırk, ten rengi, din, soy, milliyet, etnik köken, cinsel yönelim ve cinsiyet temelli olarak işlenen soykırım suçlarının, insanlığa karşı suçların ve savaş suçlarının varlığını veya şiddetini inkâr eder, önemsizleştirir ya da bu suçları onaylarsa, fiilin topluluğa ya da topluluğun bir üyesine karşı şiddet veya nefrete tahrik etmeye elverişli olması halinde, üç aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve beş bin eurodan yirmi bin euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır*

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiilin, kamu görevlisi tarafından görevini icra ettiği sırada işlenmesi halinde, hükmolunacak ceza, altı aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve on bin eurodan yirmi beş bin euroya kadar para cezasıdır."

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bakımından ise, Yunan Hukukunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, yukarıdaki fıkralarda belirtilen nitelikte fiillerin, tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde 4285/2014 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince, tüzel kişi hakkında idari para cezası uygulanması mümkündür⁹⁹³.

⁹⁹² EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 220.

⁹⁹³ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Greece, Council of Europe, 2015, s. 14.

Suçun basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde de uygulanacak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, suç teşkil eden fiilin, yazılı basın yoluyla işlenmesi halinde, yazar ve yayımcının birlikte sorumlu olduğunu ifade etmek mümkündür. Diğer yandan, yazılı medya sahibinin Medeni Kanun’a göre objektif özel hukuk sorumluluğu bulunmakta olup, yazı işleri müdürünün de özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğuna gidilebilmektedir⁹⁹⁴.

K. Değerlendirme

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun düzenlendiği TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrası ile bu suça benzer düzenlemelere yer veren ülkelerin madde hükümleri değerlendirildiğinde, söz konusu düzenlemeler arasında göze çarpan ilk farklılığın, inceleme konumuz kapsamındaki fiillerin TCK kapsamında “aşağılama”, söz konusu ülkelerin bazılarının düzenlemelerinde ise “*nefrete tahrik*” şeklinde adlandırılmasıdır. Belirtmek gerekir ki söz konusu farklılık, terminolojik nitelikte olup, aslında gerek “aşağılama” ve gerek ise “*nefrete tahrik*” niteliğindeki fiiller ve bu suçların korumak istediği hukuki değerler paralellik arz etmekte ve iki terim arasında esaslı bir farklılık söz konusu olmamaktadır.

Diğer bir husus, söz konusu ülkelerin birçoğunda soykırımın, insanlığa karşı suçların ve savaş suçlarının inkârı, önemsizleştirilmesi, onaylanması yahut meşrulaştırılması niteliğindeki fiillerin de ayrıca suç olarak düzenlenmiş olmasıdır. Örneğin, Almanya, Avusturya, Fransa, Macaristan, Polonya ve Yunanistan, bu hususla ilgili kanunlarında özel düzenlemelere yer vermekteyken, Danimarka, ve Hollanda’da konuya ilişkin bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki Hollanda’da bu tür fiiller, mahkeme içtihatları doğrultusunda, Ceza Kanunu’nun 137c ve 137e maddeleri ve aşağılama kapsamında cezalandırılmaktadır.

5237 sayılı Kanun kapsamında ise, bu nitelikte bir düzenleme yer almamaktadır. TCK, soykırım ve insanlığa karşı suçları, 76 ila 78. maddelerde, bu tür suçların inkârı, onaylanması, önemsizleştirilmesi ve meşrulaştırılması fiillerine suç tipi içerisinde yer vermeksizin düzenlemiştir.

⁹⁹⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 216.

Bir diğerk önemli nokta, inceleme konumuza ilişkin suçun mağdur çeşitliliğinin, söz konusu ülkelerde günümüz koşullarına uygun bir biçimde genişletilmesi çalışmalarıdır. Nefret suçları ve söylemine ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz üzere, suçun mağduru, düzenlendiğı ülkenin tarihi ve kendi yapısıyla sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu nedenle her ülke bu konuda bir diğerkinden farklı bir mağdur grubu da belirleyebilmektedir. Hatta bazı ülkelerde bu “engellilik”, diğerklerinde “obezite”, “meslek” yahut “ideoloji”ye kadar genişleyebilir. TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrası bakımından ise, mağdur grubunun, incelediğimiz ülkelerin birçoğundakine oranla, oldukça dar kapsamlı olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira söz konusu ülkelerin düzenlemelerinde bugün, ırk, ten rengi, dil, din, dünya görüşü, vatandaşlık, etnik köken, milliyet, cinsiyet, engellilik, yaş, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, fiziksel ya da genetik özellik, medeni durum, maddi durum, sendikal ilişki gibi birçok özelliğes sahip halk kesimi mağdur grubu olarak yer almaktadır.

İncelediğimiz ülkelerin düzenlemeleri bakımından dikkat çeken bir diğerk husus, Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, Macaristan, Polonya ve Yunanistan gibi ülkelerin, nefrete tahrik ya da aşağılama niteliğindeki fiilleri, sadece madde metninde sayılan belirli özelliklere sahip topluluklara karşı değil, o topluluğun bir üyesine yahut kişilere karşı, bu topluluklardan birinin üyesi olması nedeniyle gerçekleştirilmesi halini de cezalandırmış olmasıdır. TCK bakımından ise, bu nitelikte bir düzenleme söz konusu değildir.

Bir diğerk önemli nokta, bazı ülke düzenlemelerinde nefrete tahrik ya da aşağılamanın cezalandırılmasının, ülkemizdeki düzenlemeden farklı olarak, belli bir düzeye gelmesinin aranmasıdır. Bu şart ACK’nda “*kamu barışını bozmaya elverişlilik*” iken Av.CK’nda “*kamu düzenini tehlikeye düşürecek elverişliliktir.*” YCK ise bu şartı, suçun “*kamu düzenini tehlikeye sokacak şekilde*” işlenmesine bağlamıştır. Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İsveç, Macaristan ve Polonya düzenlemelerinde ise, bu nitelikte bir şartta yer verilmemiş, bu kapsamda suç, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

Değirmek istediğimiz bir diğerk husus, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, bazı ülkelerde tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmiş olduğudur. Bu kapsamda, Macaristan’da tüzel kişilerin cezai sorumluluğı genel olarak kabul edilmişken, Polonya Hukukunda “*Yasaklanan Fiillerden Dolayı Tüzel Kişilerin Sorumluluğı Hakkında Kanun*”un 12. maddesi gereğince, tüzel kişilerin sorumlu olacağı ayrıca düzenlenmiştir. Diğerk ülkeler bakımından ise, bu hususta özel bir düzenlemeye yer

verilmemiştir. 5237 sayılı TCK bakımından değerlendirecek olursak, bu suçun tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında herhangi bir cezai yaptırımın uygulanması mümkün değildir. Zira TCK'nun “*Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri*” başlıklı 60. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, “*Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.*” hükmü gereğince, iznin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanması için, TCK'nun 216. maddesinde, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağını ayrıca belirtilmiş olması gerekmektedir.

Diğer yandan, Fransa ve Almanya dışında incelediğimiz her ülke suçun oluşmasını aleniyet unsurunun varlığına bağlamış olmakla birlikte, inceleme konumuz kapsamındaki suçun, alenen işlenmesi Fr.BÖK'na göre daha ağır cezayı gerektiren bir haldir. Bu kapsamda Fransa'da “*aleniyet*”, suçun temel şeklinin işlenmesi bakımından unsur olarak aranmamakta ancak bu nitelikte bir fiilin “*alenen*” işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. TCK'nun 216. maddesi bakımından ise, aleniyet, suçun temel şeklinin oluşması bakımından aranan bir unsurdur.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçu, sırf hareket suçudur. TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında da suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*” olmakla birlikte, kanun koyucu suçun oluşması için kamu güvenliği yahut kamu barışının bozulması gibi bir netice öngörmemektedir.

Diğer yandan bu suç, aynı zamanda bir tehlike suçudur. Suçun oluşması bakımından fiilin herhangi bir zarara neden olması aranmamaktadır. Onur kırıcı, aşağılayıcı isnada inanılmasa veya grubu oluşturanlar bu isnattan dolayı herhangi bir üzüntüye kapılmasalar da suç tamamlanmış olur. Zira suçun tamamlanması için mağdur grubun başkaları nazarındaki şeref ve saygınlığının veya gruba mensup olanların kendi haklarında besledikleri vakar ve haysiyet duygusunun lekelenmesine gerek yoktur. Suçun oluşması için, mağdurun şerefine başkalarının nezdinde lekelenmesi ihtimalinin veya bizzat

mağdurun kendi manevi kişiliği hakkındaki görüşünün sarsılması imkânının varlığı yeterlidir⁹⁹⁵.

TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrası açısından, suçun tamamlanma anı, halkın bir kesiminin “*alenen aşağılandığı*” andır. Aleniyet bahsinde belirttiğimiz üzere, aleniyetten anlaşılması gereken, fiilin algılanabilme imkânı olup, fiilen somut olayda algılamının gerçekleşmiş olması gerekmemektedir. Önemli olan husus, fiilin işlendiği sırada, belirsiz sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânı değil, bu fiile iştirak etmeyen kişilerin, suç teşkil eden fiili algılayabilecek alan içinde bulunmaları ve icra edilen fiilin o ortamda bulunan kalabalık tarafından algılanmış ya da eğer dikkatlerini bu yöne yoğunlaştırmış olsalardı algılayacak olmalarıdır. Bu anlamda kanaatimiz, suçun, aşağılamanın, belirsiz sayıdaki kimselerin bulunduğu yerde işlediği anda oluştuğudur. Basılmış eserler yoluyla suçun işlenmesi halinde ise, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre, basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında olduğundan, suç, basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması ile oluşacaktır.

Böylece, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde, teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Bir diğer husus, bu gibi hallerde gönüllü vazgeçme hükümlerinin de uygulanabileceğidir. Örneğin, satışa arz olunan kitabın henüz kimse almadan fail tarafından toplatılması gibi⁹⁹⁶.

Değinmek istediğimiz bir diğer husus, işlenemez suç hükümlerinin de inceleme konumuz bakımından özellik arz edebileceğidir. Nitekim bozuk bir radyo veya televizyon istasyonundan muhatapların duyamayacağı yahut anlayamayacağı sözlerin sarf edilmesi durumunda⁹⁹⁷ vasıtada mutlak bir imkânsızlık söz konusudur.

Son olarak, suç işlendikten sonra failin muhatap aldığı halk kesiminden özür dilemesi veya sözünü geri alması etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilemez. Zira söz konusu suç tipi bakımından yasada etkin pişmanlık kurumu kabul edilmediğinden, böyle bir durum suçun oluşmasını ve dolayısıyla ceza verilmesini etkilemez⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ **ZAFER**, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 248, 249.

⁹⁹⁶ **ZAFER**, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 250.

⁹⁹⁷ **BAYRAKTAR**, s. 188, **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 300.

⁹⁹⁸ **ZAFER**, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 251.

B. İştirak

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçu, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından iştirak halinde de işlenebilir. Bu anlamda suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez⁹⁹⁹.

Suçun yaptırımına ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda daha ayrıntılı bir şekilde değindiğimiz üzere, halkı kin ve düşmanlığa tahrikin, basılmış eser, radyo, televizyon ya da internet aracılığıyla işlenmesi halinde, fail yanında bazı kimselerin de cezai sorumluluklarının kabul edildiğini ifade etmek mümkündür.

Nitekim suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde 5187 sayılı Kanun, eser sahibi dışında sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin yedek ve ikincil nitelikteki sorumluluğunu kabul etmiştir. Suçun radyo veya televizyon yoluyla işlenmesi halinde ise, sorumluluk, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Böylece 6112 sayılı Kanun'un birlikte sorumluluk esasını benimsemiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Suçun internet aracılığıyla işlenmesi halinde ise, esas sorumluluk içerik sağlayıcının olmakla birlikte, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların da iştirak kurallarının uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, ceza sorumluluklarının olduğunu belirtmek gerekmektedir¹⁰⁰⁰.

C. İctima

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda, ictima hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yaptığımız açıklamalarda da değindiğimiz üzere, kanun koyucu, 216. maddenin her bir fıkrasında bağımsız suç tiplerine yer verilmiştir. Bu nedenle, tek bir fiil ile üç fıkra da yer alan suçların işlenmesi halinde, TCK'nun 44. maddesi gereğince farklı neviden fikri ictima hükümlerinin uygulanması gerekecek, fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Suçun müteselsilen işlenmesi de mümkündür¹⁰⁰¹. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye (halkın bir kesimi) karşı aynı suçun birden fazla

⁹⁹⁹ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 302.

¹⁰⁰⁰ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 287, 434, 501, 502.

¹⁰⁰¹ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 251.

işlenmesi durumunda, TCK'nun 43. maddesi gereğince bir cezaya hükmedilecek ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilir. Burada yer alan “*bir kişiye*” ibaresi, inceleme konumuz bakımından halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimdir. Ancak, yine Kanun'un 43. maddesi gereğince mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanabileceğinden, zincirleme suç hükümlerinin halkı bir kesimini alenen aşağılama suçu bakımından uygulanmasına engel oluşturabilecek herhangi bir durum söz konusu değildir.

Halkın bir kesimine değil de bir kimseye karşı, inandığı dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret edilmesi halinde ise, TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasındaki suç değil, 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde yer alan hakaret suçu oluşacaktır.

İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla zarar verilmesi halinde ise, 153. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen “*İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme*” suçu oluşacaktır. Söz konusu fiil, halkın din farklılığına dayanarak belli bir kesiminin aşağılanması suçu bakımından da tipik görünse de bu hususta 153. madde daha özel nitelikli bir düzenleme getirdiğinden, TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasının uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

VII. SUÇUN YAPTIRIMI, SORUŞTURMA USULÜ ve YETKİLİ MAHKEME

A. Yaptırım

TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasına göre, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun cezası, altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır.

Suçun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, TCK'nun 218. maddesine göre verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır.

Yargılama neticesinde, bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde, hükmedilen hapis cezası kısa süreli hapis cezası olacağından, söz konusu hapis cezasının TCK'nun 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün olabilecektir. Diğer yandan, hükmedilen hapis cezası, iki yıl veya daha az süreliyse, TCK'nun 51. maddesindeki koşulların sağlanmasına bağlı olarak, hapis cezasının ertelenmesi de söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, 51. maddenin 2. fıkrasına göre,

cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki halde getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde ise, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

Failin, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçundan dolayı mahkûm olması halinde ise, TCK'nun 53. maddesi gereğince, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri uygulanacaktır¹⁰⁰².

Suçun yazılı basın, radyo, televizyon veya internet aracılığıyla işlenmesi halinde ise, ne tür hükümlerin uygulanacağına dair açıklamaları, 216. maddenin 1. fıkrası kapsamında ele almış olduğumuzdan burada tekrarlamıyor ve ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁰⁰³.

B. Soruşturma Usulü ve Yetkili Mahkeme

Halkın bir kesimini alenen aşağılama alenen aşağılama suçunun failinin kamu görevlisi olmaması yahut kamu görevlisi olmakla birlikte, suçun göreviyle ilgili olmaması halinde soruşturulması ve kovuşturulması, 5271 sayılı CMK hükümlerine göre resen yapılır. Ancak suçun, görevi sebebiyle bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde soruşturma, 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” hükümleri gereğince yürütülecektir¹⁰⁰⁴.

Suçun resen kovuşturulan bir suç olması nedeniyle, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira 5271 sayılı CMK'nun 171. maddesine göre, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, işlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi olmasına bağlıdır.

¹⁰⁰² Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile TCK'nun 53. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;...” bölümü, aynı fıkranın (b) bendinde yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden, yine aynı fıkra da yer alan “...hapis cezasına...” ibaresi ise (b) bendinde yer alan “Seçme ve...” ibaresi yönünden, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “...ve diğer siyasi hakları kullanmaktan” ibaresi ile aynı maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın (b) bendinde yer alan “Seçme ve seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden, dördüncü fıkra da yer alan bu fıkra da yer alan “Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya...” ibaresi, aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden iptal edilmiştir. **Any. Mah., 2014/140 E., 2015/85 K., 8/10/2015, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/11/20151124-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.09.2016).**

¹⁰⁰³ Bkz. s. 143 vd, 262 vd.

¹⁰⁰⁴ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 773.

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun dava zamanaşımı, TCK'nun 66. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre sekiz yıl, ceza zamanaşımı ise, aynı Kanun'un 68. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre on yıldır.

Diğer yandan, basılmış eserler yoluyla işlenen suçlarda, 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde çeşitli dava süreleri öngörülmüştür. Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun, basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde, söz konusu dava süreleri göz önünde bulundurulacaktır¹⁰⁰⁵. Söz konusu süreler içerisinde davanın açılmaması halinde, 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin 8. fıkrasına göre, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmemesi nedeniyle düşme kararı verilir.

Suçta bakmakla görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun'a göre, asliye ceza mahkemeleridir. Suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde de 5187 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre dava, asliye ceza mahkemelerinde görülür.

Yer yönünden yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yani, aşağılama niteliğindeki fiillerin işlendiği yer mahkemesidir (CMK m.12/1). Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/3). Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/5).

¹⁰⁰⁵ Belirtmek gerekir ki, dava süreleri, nitelik itibarıyla zamanaşımı kurumundan farklı olup, hak düşürücü sürelerdir. Bu nedenle, TCK'nda zamanaşımında olduğu gibi, dava süreleri bakımından durma yahut kesilme söz konusu olmaz. Ancak, 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinin son fıkrasına göre, kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez. İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 303., Ayrıca bkz. Yarg. 7. C. D., 2005/16795 E., 2008/16815 K., 17.07.2008, Yarg. 12. C. D., 2015/2164 E., 2015/15334 K., 14.10.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

S.2. DİNİ DEĞERLERİ ALENEN AŞAĞILAMA SUÇU (m. 216/3)

I. SUÇ TİPİNİN TARİHİ GELİŞİMİ ve GENEL AÇIKLAMALAR

Dini değerleri alenen aşağılama suçu, 5237 sayılı TCK'nun “Özel Hükümler” kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde ve “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama” başlıklı 216. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK döneminde ise, inceleme konumuza benzer düzenlemeler, Kanun'un “Cürümler” kitabının “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı ikinci babının ikinci faslında ve “Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” başlıklı 175. maddesinin 3. fıkrası ve 176. maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu anlamda TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen dini değerleri alenen aşağılama suçunun tam karşılığı 765 sayılı Kanun'da bulunmamakla birlikte, 175. maddenin 3.¹⁰⁰⁶ fıkrası konumuz kapsamında değerlendirilebilecek hükümler içermektedir.

765 sayılı Kanun'un 175. maddesinin 3. ve 4. fıkrasındaki hükme göre, “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 yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Üçüncü fıkra yazılı suçlar, basın ve yayın yoluyla işlenirse ceza bir misli artırılarak hükmolunur.¹⁰⁰⁷,”

5237 sayılı TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, “Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

İki düzenleme arasında çeşitli farklılıklar olduğunu ifade etmek mümkündür. İlk olarak, 765 sayılı TCK'nun 175. maddesi bakımından suç teşkil eden fiil, aşağılama olarak değil,

¹⁰⁰⁶ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 991.

¹⁰⁰⁷ Belirtmek gerekir ki, 765 sayılı Kanun'un 175. maddesine 09.01.1986 yılında ve 3255 sayılı Kanunla eklenen bu fıkra hükmü, “semavi dinler” ibaresi çıkartılarak, 20.05.1987 tarihli ve 3369 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da aynen muhafaza edilmiştir. 3255 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde ise, 175. maddenin 3. fıkrasında, din ve mezheplerden birini tezyif ve tahkir yolunda neşriyatta bulunanların cezalandırılacağı ifade edilmiştir. ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 21, 25, ARTUK, Mehmet, Emin, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, İBD, Cilt:71, Sayı:7-8-9, 1997, s. 472-474, 483.,

Söz konusu ibarenin çıkarılmasının sebebi, Anayasa Mahkemesi'nin 01.11.1986 tarih ve 1986/11 E., 1986/26 K. sayılı kararında, “semavi dinler” ibaresini, Anayasa'nın laiklik, eşitlik ve din ve vicdan hürriyeti ilkelerine aykırı bulmuş olmasıdır.

tahkir olarak belirlenmiştir. Diğer yandan, suçun konusu “*dini değerler*” olarak değil, “*Allah veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden biri*” olarak öngörülmüştür.

Bir diğer farklılık ise, 5237 sayılı TCK’nda, hakaret suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen, kişinin dini düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi halinin (TCK m. 125/3-b), 765 sayılı TCK’nun 175. maddesinde, “*Din Aleyhine Cürümler*” başlığı altında düzenlenmiş olmasıdır. Bununla birlikte, 5237 sayılı Kanun’un 216. maddesinde “*aleniyet*”, suçun bir unsuru olarak öngörülmüşken, 765 sayılı Kanun düzenlemesinde suç teşkil eden fiil, “*alenen hakaret*” olarak değil, “*hakaret*” olarak belirlenmiştir. 216. maddenin 3. fıkrasında aşağılamanın kamu barışını bozmaya elverişli olması gerektiği ifade edilmişken, 765 sayılı Kanun’un düzenlemesinde fiilin bu niteliğine yer verilmemiştir. Son olarak, dini değerleri alenen aşağılama suçuna benzer nitelikte düzenlemeler bakımından 765 sayılı TCK’da yaptırım olarak hapis cezası ile birlikte para cezası olarak öngörülmüşken, 5237 sayılı TCK’da ise, gerek suçun temel ve gerek ise nitelikli hali, hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.

Her iki düzenleme bakımından, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Şu halde, 765 sayılı TCK bakımından, suç teşkil eden fiilin tipik olabilmesi, “*Allah’a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret edilmesine*” bağlıdır. Dini değerlerin aşağılanması suçu bakımından, işlenen fiilin tipik sayılabilmesi için ise, alenen aşağılamanın, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlere yönelmiş olması gerekmektedir. Böylece, 5237 sayılı Kanun’daki düzenlemenin, 765 sayılı Kanun’daki gibi bir sınırlamaya yer vermediğini ifade etmek mümkündür¹⁰⁰⁸. Bu konudaki tek sınırlama, alenen aşağılamanın konusunun, dini bir değer olmasıdır. Eğer aşağılamanın konusu, dini bir değer değil de örneğin tarihi, milli, etnik, kültürel yahut geleneksel bir değer ise, fiilin tipik olduğundan söz etmek mümkün değildir.

Bir diğer husus, alenen aşağılamanın konusunu oluşturan dini değerlerin, halkın bir kesimi tarafından benimsenmesi gerektiği hususudur. Söz konusu halk kesiminin,

¹⁰⁰⁸ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 997.

toplumun çoğunluğunu ya da azınlığını oluşturmaması bakımından bir fark bulunmamaktadır. Burada önem arz eden husus, korunan hukuki değer de dikkate alındığında, aşağılanan dini değerlerin, mutlaka halkın bir kesimi tarafından benimsenmiş olmasıdır¹⁰⁰⁹. Eğer alenen aşağılama, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlere değil de bu halk kesimlerinden birine mensup, muayyen bir kimseye karşı işleniyorsa, fiil tipik olmayacaktır. Bu ihtimalde, diğer koşulları da oluşmuşsa, TCK'nun 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde düzenlenen “*Kişinin Mensup Bulunduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle Hakaret*” suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Diğer bir husus, inanmayan bir kişinin yahut halk kesiminin, fikirlerinden dolayı aşağılanması durumunda da dini değerleri aşağılama suçunun oluşmasının mümkün olmadığıdır¹⁰¹⁰.

Alenen aşağılama fiilinin, ibadethaneleri, bunların eklentilerini, buralardaki eşyayı, mezarları, bunların üzerindeki yapıları, mezarlıklardaki tesisleri, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapıları yıkmak, bozmak, kırmak veya kirletmek suretiyle işlenmesi halinde ise, eğer bu fiiller, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmişse TCK'nun “*İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme*” başlıklı 153. maddesinin 3. fıkrası hükmü uygulanacak, söz konusu fiil, dini değerleri aşağılama suçu bakımından tipik olmayacaktır. Zira bu ihtimalde, bizatihi dini değerlerin tahkiri değil, dini değerlere halkın bir kesimini tahkir maksadıyla zarar verilmesi cezalandırılmaktadır.

Suçun oluşması bakımından bir diğer husus, aşağılama fiilinin aleni olarak gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Zira daha önce ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere, kanun koyucu aleniyeti bu suçta, suçun unsuru olarak öngörmüştür. Bu kapsamda madde metninde suç teşkil eden fiil, “*aşağılama*” değil, “*alenen aşağılama*” olarak belirlenmiştir.

¹⁰⁰⁹ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 998.

¹⁰¹⁰ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 998.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Genel Açıklamalar

Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama suçunun koruduğu hukuki değer, bir yandan “*kamu barışı*” ve diğer yandan “*din özgürlüğü*” olduğu ifade edilmiştir¹⁰¹¹.

Suç ile ilk olarak kamu barışının korunmasının amaçlandığı, zira halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin aşağılanması, aşağılanan kesim üzerinde bir takım olumsuz etkiler doğurmak üzere, kendilerini aşağılayan kesime karşı kin ve düşmanlık duymalarına ve bunun ötesinde yeni suçlara yönelmelerine ve diğer yandan, aşağılanan kesimin dini duygularının incitilmesi ve bu anlamda din hürriyetlerinin ihlal edilmesine sebebiyet verebileceği ifade edilmiştir¹⁰¹².

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kamu düzeni, kamu barışının bir parçası olup, halkı oluşturan bireylerin, birbirlerine duydukları karşılıklı anlayış ve hoşgörünün de ötesinde, birbirlerine duymaları gereken tahammülü güvence altına alan, böylece, toplumsal uyumun ve kamu güvenliğinin hukuk kuralları aracılığıyla sağlandığı ve toplumsal ilişkilerde hukukun egemen olduğu sükûnet ortamıdır. Bu anlamda, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama suçunun, toplum yaşantısı içerisinde, farklı dini değerleri benimsemiş kişilerin birbirlerine göstermeleri gereken tahammülü, toplumsal ahenk ve kamu güvenliğini ve ayrıca toplumsal ilişkilerde hukuk kurallarının egemen olduğu duygusunu koruma altına aldığı ifade edilebilir. Zira belirli bir kesimin benimsediği dini değerlerin aşağılanması fiili, kamu barışının bozulması açısından bir tehlike yaratacak ağırlıkta olduğunda, söz konusu bu ahengi bozacak ve toplumsal yaşam içerisinde hukukun egemen olduğu inancını sarsacaktır.

Diğer yandan, 216. maddenin 3. fıkrası ile din özgürlüğünün koruma altında olduğu düşünülebilir. Zira ileride daha ayrıntılı bir biçimde değineceğimiz üzere din özgürlüğü, inançsızlık ya da inanç sahibi olma ve bu anlamda bir dine katılma arasında bir seçim yapma (vicdan özgürlüğü) ve bireysel yahut toplu olarak o dinin gereklerini yerine getirme anlamına (ibadet özgürlüğü) gelip¹⁰¹³, belirli bir kesimin dini değerlerinin aşağılanması, aşağılanan kesimin duygularının incitilmesinin ötesinde, bu kesimin inandığı değerlerler

¹⁰¹¹ Bu nitelikteki suçların koruduğu hukuki değerler üzerine bulunan teoriler için bkz. ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 18, 19.

¹⁰¹² ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 993.

¹⁰¹³ KABOĞLU, İbrahim, Ö, Din Özgürlüğü, AÜSBFD, Yıl: 1991, Sayı: 46, Cilt: 1, s. 268.

üzerinden kendini var etme ve tanımlama çabasına tahammül edilmemesine neden olabilir. Bu durum ise, söz konusu kesimin insan onurunu zedeleyecek nitelikte davranışlara maruz kalmasına ve ayrıca inandığı değerleri, herhangi bir baskı hissetmeksizin savunma, yayma ve yaşama hakkının ihlal edilmesine sebebiyet vereceği şeklinde yorumlanabilir. Dolayısıyla burada korunmak istenenin bizatihi, “*din*”, “*mezhep*”, “*Tanrı*”, “*Peygamber*” ya da diğer dini değerler olmadığı, zira laiklik ilkesi gereğince, devletin, bir dinin ya da o dine ait değerlerin koruyucusu olma görevinin olmadığı söylenebilirse de¹⁰¹⁴ ileride açıklayacağımız üzere, kanaatimizce 216. maddenin 3. fıkrasının, din özgürlüğü ile bu denli bir ilişkisi yoktur.

Böylece, TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrası ile korunmak istenen hukuki değer, genel olarak çift yönlü olduğunun kabul edildiğini tespit etmiş olmakla birlikte, “*din özgürlüğü*” kavramlarının daha ayrıntılı bir biçimde ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Kamu barışına ilişkin açıklamalar daha önce yapılmış olduğundan, aşağıda din özgürlüğü kavramlarına açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

B. Din Özgürlüğü

Düşünceyi ifade hürriyetine ilişkin yaptığımız açıklamalar kapsamında, söz konusu özgürlüğün, insan onurunun vazgeçilmez bir parçası olduğundan ve insana değer katan, onun manevi gelişim ve erdeminin tamamlayıcısı olan bu faaliyet olmaksızın insanın, insan olmak değerinden yoksun bir varlık haline geleceğinden bahsetmiş ve bu nedenle, düşünceyi ifade özgürlüğünün en az yaşam hakkı kadar kutsal ve dokunulmaz olduğuna değinmiştik. Zira düşünceyi ifade özgürlüğü, kişinin kendini gerçekleştirebilmesi ve otonom yapısını ortaya koyması bakımından, yaşamsal bir öneme sahiptir.

Din özgürlüğü de düşünceyi ifade özgürlüğü gibi insanın, kendini bulma, anlamlandırma, tanımlama ve bu anlamda gerçekleştirme yollarından birini oluşturur. Şu halde din özgürlüğü, düşünceyi ifade özgürlüğünün bir yansıması olarak, insanın, dini bir takım kanaatlere ulaşarak, kendi varlığını yaratma çabasının bir ürünüdür.

Din özgürlüğü, gerek uluslararası belgelerde ve gerek ise ulusal mevzuatımızda koruma altına alınmıştır.

¹⁰¹⁴ EREM, Faruk, Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti, AÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 3, 1951, s. 72.

TC Anayasası'nın 24. maddesine göre, “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.”

İHAS'nin 9. maddesine göre ise, “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”

Yine İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 18. maddesine göre, “Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, din veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir.”

Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (MSHS) 18. maddesine göre de “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğü de içerir.”

Şu halde din özgürlüğü, “insanın herhangi bir dine inanmasını veya inanmamasını, inanmasının veya inanmamasının gerektirdiği pratikleri -ibadetleri, ritüelleri- yerine getirip getirmemesini, inancını değiştirebilmesini, inancının propagandasını yapabilmesini, inancının gerektirdiği cemaat, tarikat vb. örgütlenmeleri yapabilmesini,

dilediğinde bunlardan ayrılma hakkını kullanabilmesini, herhangi bir şekilde inanmaya veya inanmamaya zorlanmamasını içeren” temel bir hakkı ifade etmektedir¹⁰¹⁵.

Bu temel hakkın, kişilerin iç dünyalarında (*forum internum*) ve dış dünyalarında (*forum externum*) olmak üzere, temelde iki gerçekleşme şekli vardır. Din özgürlüğünün iç dünyadaki karşılığı, mutlak bir koruma kapsamında olan ve sınırlamaya elverişli olmayan, bir dini ya da inancı benimseme, benimsememe yahut değiştirmedir. Kişilerin din özgürlüğünün dış dünyadaki karşılığı ise, başka hak ya da üstün değerlerin de korunabilmesi için bazı sınırlamalara tabi olabilen, inancın açığa vurulmasını sağlayan çeşitli davranışlardır. Bu nedenle, bir kimsenin bir inancı benimsemesi ya da benimsememesi nedeniyle kınanmama, suçlanmama ve ayrımcılığa uğramama hakkı olduğu gibi, bir inancı benimsemesinin engellenmemesi ve bir inancı benimsemeye zorlanmaması hakları da vardır. Elbette bu kimsenin, inancını açığa vurmasının engellenmesi, inancını açığa vurmaya zorlanması yahut bu inancı açığa vurması ya da vurmaması nedeniyle kınanması, suçlanması ve ayrımcılığa tabi tutulması da mümkün değildir¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁵ **ÖZİPEK, Bekir Berat**, Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi, SDE Analiz, Aralık 2011, s. 4, **DÖNMEZER, Sulhi**, Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü, Erdem Atatürk Kültür Merkezi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 42, Ocak 2005, s. 6, **NAL, Sabahattin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002, s. 67, 68.

İHAM’ne göre, “Din özgürlüğü, yalnızca insanların yaşam anlayışları ve kimliklerinin en önemli yapı taşlarını oluşturmakla kalmaz; aynı zamanda, tanrı tanımazlar, bilinemeciler, şüpheciler ve ilgisizler açısından da değerli bir şeydir. Burada demokratik toplumun ayrılmaz ögesi, yüzyıllar sonunda zorlukla gerçekleştirilen çoğulculuk söz konusudur. Din özgürlüğü, asıl olarak, bireyin vicdaniyla ilgili bir sorun olduğundan, diğer başka şeylerin yanı sıra, kişinin dinini açıklamasını da içerir. Söz ve davranışlara yansıyanlar dinsel inançların varlığıyla yakından ilişkilidir.” **Kokkinakis v. Yunanistan, Başvuru No. 14307/88, 25.05.1993.**

Anayasa Mahkemesi’ne göre ise, “Din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olmasının kökeninde dinin hem bir dine bağlı olan bireyler tarafından hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi bulunmaktadır... Anayasa’nın 24. maddesi ile anlam ve kapsamı belirlenen din ve vicdan özgürlüğü, herkesin “din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü”, “din ve inancını değiştirme özgürlüğünü”, kişilerin diledikleri inanç ve kaniya sahip olmalarını ve herhangi bir inanç ve kanaate sahip olmamalarını güvenceye almaktadır. Başka bir anlatımla, kişiler dini veya vicdani kanaatlerini açıklamaya ve herhangi bir tarzda ibadet etmeye, dini uygulamaya ve ayine katılmaya zorlanamayacakları gibi ibadetleri ve dini uygulamaları ile açıklamış oldukları dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamazlar.” **Any. Mh. 1997/62 E., 1998/52K., 16/9/1998, Any. Mh. Tuğba Arslan Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, Any. Mh. Esra Nur Özbey Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, 20.05.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/d6210a91-8f0a-4a2f-bcb8-5b56407fb522?wordsOnly=False, (Erişim Tarihi:02.11.2016),**

¹⁰¹⁶ **VURAL, Hasan**, Anayasada Din Özgürlüğü, AÜSBFD, Cilt: 69, No. 2, 2014, s. 259, 260, 262, **DİNÇKOL, Bihterin**, Türkiye’de Anayasal Düzen ve Laiklik, <http://acikerisim.iticu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11467/167/M00007.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 01.08.2015), s. 137, 138,

İHAM’ne göre de “9. madde esas olarak kişisel inançlar ve dini iman esasları alanını, başka bir ifadeyle bazen forum internum olarak adlandırılan alanı korumaktadır. Buna ek olarak, madde bu alanla yakından bağlantılı olan, genel olarak kabul edilen şekliyle bir din veya inancın uygulama boyutları olan ibadet ve bağlılık gibi faaliyetleri de korumaktadır” **Van den Dungen v. Hollanda, Başvuru No. 22838/93, 22.02.1995, ARSLAN, Zühtü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 2005, s. 33,

Belirtmek gerekir ki, din ya da inancını açıklamaya zorlanmama, bunlardan dolayı kınanmama ya da suçlanmama ve ibadete katılmaya zorlanmama güvencelerine Anayasa lafzında (Any. m. 15/2, m. 24/3) açıkça yer verilmekle birlikte, İHAS'nın 9. maddesinde bu husus açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak Mahkeme, negatif özgürlüğün ve zorlanmama haklarının da 9. madde kapsamında bulunduğunu kararlarında vurgulamıştır. Aynı şekilde, İnsan Hakları Komitesi de, inanç, düşünce ya da bir dine mensubiyeti açıklamaya zorlanmama hakkının, MSHS'nin 17. ve 18. maddeler kapsamında mutlak olarak korunduğunu belirtmektedir¹⁰¹⁷.

Şu halde, kişilere din özgürlükleri konusunda verilen güvence, devlet açısından “tarafsızlık” ve bu bağlamda özellikle “ayrımcılık yapmama” ödevleri doğurmakla birlikte bu ödev, üçüncü kişilerden gelebilecek ayrımcılık fiillerine ve diğer olası tecavüzlere izin vermemeyi de içermektedir¹⁰¹⁸. Zira Anayasa'nın 10. maddesi gereğince, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”¹⁰¹⁹,

Böylece, din özgürlüğünün ilk boyutunu, kişilerin, Tanrı/kutsal ile aralarındaki ilişkiyi, kendilerine en uygun şekilde düzenleme özgürlüğü olarak, “inanç özgürlüğü” oluşturmaktadır¹⁰²⁰.

İnanç ya da bazı yazarlar tarafından vicdan özgürlüğü şeklinde tarif edilen bu özgürlüğün kapsamı bakımından temelde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, vicdan özgürlüğü tamamen din özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir olgu olup, kişinin, siyasi iktidar/devlet ya da toplumdaki diğer kişiler tarafından üzerinde

Anayasa Mahkemesi'ne göre ise, “Anayasa'nın 24. maddesi, kişinin herhangi bir inanca sahip olması veya olmamasını, inancını serbestçe değiştirebilmesini, inancını açıklamaya zorlanmamasını, bunlardan dolayı kınanamamasını ve baskı altına alınamamasını güvence altına alarak din ve vicdan özgürlüğünün içsel alanını, aynı şekilde, öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma hakkı ile de din ve vicdan özgürlüğünün dışsal alanını tanıyıp koruma altına almıştır.” **Tuğba Arslan Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, Esra Nur Özbey Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, 20.05.2015, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>**, (Erişim Tarihi:02.11.2016),

Yargıtay'a göre ise, “Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan hürriyeti, belli bir inanç ve dinsel görüşü benimseme, inanma, ibadet tören ve ayin yapabilme örgütlenme, cemaat oluşturma, inançları açıklama ve bu inançların güvenceye alınmasını talep etme haklarını kapsar.” **YCGK, 1985/9-596 E., 1986/293 K., 26.05.1986, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com**, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

¹⁰¹⁷ **VURAL**, s. 263, 264.

¹⁰¹⁸ **VURAL**, s. 258.

¹⁰¹⁹ Böylece, “Anayasa dil, ırk, cinsiyet, din ve mezhep gibi nedenlerle ayrımları özel olarak yasaklamakla, kişiler arasında bu kişisel özelliklerden kaynaklanan farkların meşru yasama amaçlarıyla ilişkisizliğini, dolayısıyla bunlara dayalı kanunî sınıflandırma veya ayırmaların geçersizliğini açıkça ifade etmiştir.” **TURHAN, Mehmet**, Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan Cilt: II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2013, s. 822,

¹⁰²⁰ **EREM, Faruk**, Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti, AÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 3, 1951, s. 60.

gerçekleştirilen herhangi bir baskı olmaksızın, bir dine inanma ya da inanmama konusunda özgür olması anlamına gelmektedir¹⁰²¹. Dolayısıyla, bu özgürlük, din değiştirmenin resmi ve dinsel işlemlerinin gereksiz yere zorlaştırılmaması ve geciktirilememesi de dâhil olmak üzere, din değiştirme ve dinden çıkma, hiçbir inanca sahip olmama, bundan dolayı kınanmama veya ayrımcılığa maruz kalmama, bu konulardaki kanaatlerini açıklamaya zorlanmama şeklinde, sınırlamaya tabi olmayan, mutlak nitelikteki hak ve dokunulmazlıkları ihtiva etmektedir¹⁰²². Bir başka ifadeyle, inanç/vicdan özgürlüğü sadece herhangi bir dini inanca sahip olanları değil, bunun yanında, dine ilgisiz veya kayıtsız olanlarla, herhangi bir dine inanmayanları ve tanrı tanımazları da korumaktadır¹⁰²³. Ancak din ve vicdan özgürlüğünün sağladığı bu koruma, sosyal yaşamın getirdiği bazı yükümlülüklerden kaçınma hakkı doğurmamaktadır¹⁰²⁴.

Diğer bir görüşe göre ise, vicdan özgürlüğü, gerek vicdani kanaat edinme ve gerek ise edinilen bu vicdani kanaate uygun davranma safhalarını kapsamakta olup, bireyin geliştirdiği vicdani kararın, bir din veya dünya görüşüne ilişkin bir sistemden kaynaklanmış olup olmamasının önemi yoktur. Zira vicdan, etik ile ilgili bir kavramdır ve

¹⁰²¹ **KABOĞLU**, Din Özgürlüğü, s. 268, **DÖNMEZER**, Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü, s. 8, **MURDOCH**, s. 18, **PEKİN**, **Hüseyin**, İsviçre Hukukunda Din ve Vicdan Özgürlüğü Üzerine, TBBD, Sayı: 2, Yıl: 2000, s. 452. **VURAL**, s. 259, 260, **AĞIRBAŞLI**, s. 89,

TCK'nun 230. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında düzenlenmiş olan, “evlenme olmaksızın dinsel törenle evlenme” ve “resmi evlenme işlemi olmadan evlenmek için dinsel tören yapmak” suçlarının Anayasa'nın 24 maddesinde düzenlenen “Din ve vicdan özgürlüğüne” aykırı olduğunun iddia edildiği davada Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan özgürlüğünün, “demokratik toplumun temel taşlarından biri” ve “insanların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan” bir temel hak olarak, tıpkı özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi kural olarak devletin ve diğer kişilerin müdahale edemeyeceği bir alan oluşturduğunu” ifade etmiştir. **Any. Mh. 2014/36 E., 2015/51 K., 27.05.2015**, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi:02.11.2016),

Sinan Işık Türkiye davasında İHAM ise, “Alevi” inancının kimlik kartına yazılamamasıyla ilgili olarak, “başvurucunun dininin kimliğinde yer alamamasının, yerel yetkililer tarafından, yani İslami din işlerinden sorumlu bir yetkilinin (Diyanet İşleri Başkanlığı) görüşü temel alınarak verilmiş bir karara bağlı olduğunu ve bu durumun da devletin tarafsızlık ve yansızlık görevini ihlal ettiğini” tespit etmiştir. **Sinan Işık v. Türkiye, Başvuru No. 21924/05, 02.02.2010, NORVEÇ HELSİNKİ KOMİTESİ**, Ocak-Haziran 2013 Türkiye’de İnanç Özgürlüğü Hakkını İzleme Raporu, Anadolu Ofset, İstanbul, Eylül 2013, s. 16, 17.

¹⁰²² **KABOĞLU**, Din Özgürlüğü, s. 268, **DÖNMEZER**, Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü, s. 8, **MURDOCH**, **Jim**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları, Şen Matbaa, Ocak 2013, s. 18, **PEKİN**, **Hüseyin**, İsviçre Hukukunda Din ve Vicdan Özgürlüğü Üzerine, TBBD, Sayı: 2, Yıl: 2000, s. 452. **VURAL**, s. 259, 260, **AĞIRBAŞLI**, s. 89,

İHAM kararları için bkz. **Alexandridis v. Yunanistan, Başvuru No. 19516/06, 21.02.2008, Buscarini ve Diğerleri v. San Marino, Başvuru No. 24645/94, 18.02.1999, Sinan Işık v. Türkiye, Başvuru No. 21924/05, 02.02.2010, ŞİRİN, Tolga, DUYMAZ, Erkan, YILDIZ, Deniz**, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 313, Ankara, 2016, s. 27, 30.

Anayasa Mahkemesi kararları için bkz.

Any. Mh. 1979/9 E., 1979/44 K., 27/11/1979, Any. Mh. 1995/17 E., 1995/16 K., 21/06/1995. Any. Mh. 1995/25 E., 1996/5 K., 02.02.1996, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.08.2015)

¹⁰²³ **ERDOĞAN, Mustafa**, Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü, http://www.libertedownload.com/ldt/din%20hurriyeti/Mustafa_Erdogan_Din.pdf, (Erişim Tarihi: 22.07.2015), s. 25, **PEKİN**, s. 450, **KANATOĞLU**, s. 361, 362.

¹⁰²⁴ **RENUCCI**, s.23.

insana belli bir durum karşısında hangi yönde davranırsa daha doğru davranmış olacağını söyleyen, iyi ve kötü arasındaki ayrıma dayanan, iç âleme ilişkin bir kavramdır. Bu anlamda, tamamen anlık, bir defalık, akılcı bir gerekçeye dayanmayan kanaatler de vicdani kanaat niteliğini taşımaktadır. Bir başka ifadeyle vicdani kanaat, belli bir davranışın doğru ya da yanlışlığı konusundaki karar olup, vicdan özgürlüğü din özgürlüğü ile iç içe olan fakat ondan bağımsız bir özgürlüktür. Vicdani kanaatin gelişimi, genellikle dini inançlara göre şekillenmekte ise de dini temele dayanmayan, din dışı ve hatta din karşıtı düşünce sistemleri temelinde gelişen kanaatler de “*vicdan özgürlüğü*” kapsamında anayasal korumadan yararlanmalıdır¹⁰²⁵.

Şu halde, dini nitelikte bir kanaate sahip olma, bazı yazarlar tarafından “*vicdan özgürlüğü*” bazı yazarlar tarafından “*inanç özgürlüğü*” olarak kavramlaştırılmakla birlikte, üzerinde tartışma olmayan husus, kişilerin, herhangi bir baskı, kınama, suçlama, engelleme yahut ayrımcılığa maruz kalmaksızın, inanma veya inanmama özgürlüklerine sahip olduklarıdır.

Din özgürlüğünün ikinci boyutunu “*dinini/inancını açıklama özgürlüğü*” oluşturmaktadır.

TC Anayasası’nın 24. maddesi kapsamında bu özgürlük “*ibadet özgürlüğü*” olarak ifade edilmiş olmakla birlikte, İHAM ve diğer bazı uluslararası düzenlemeler bu özgürlüğü, ibadet, öğretim/öğrenim, uygulama, tören veya ayin gibi hususları da kapsayacak şekilde

¹⁰²⁵ ATALAY, Esra, Vicdan Özgürlüğü, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 21-22, 1999-2000, s. 122, 130, 136, 140, ATALAY, Esra, Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi, DEÜHFD, Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s. 14, AĞIRBAŞLI, s. 86,

İHAM’nin, din ve vicdan kavramları arasında herhangi bir farklılığa vurgu yapmadığı ifade edilmiştir. NAL, s. 69, Belirtmek gerekir ki, İHAM kararlarında da vicdan özgürlüğünün açık bir şekilde aydınlatılmış olduğunu ifade etmek mümkün görülmemektedir. Kavram çeşitli biçimlerde ele alınabilir olmakla birlikte, uygulaması genellikle askeri hizmete yönelik “*vicdani ret*” davalarında gündeme gelmektedir. Mahkeme’nin ise bu konudaki yaklaşımı, Sözleşme’nin vicdani ret bakımından herhangi bir hakkı koruma kapsamına almadığıdır. Bu anlamda bir üye devletin, vicdani reddi kabul etmesi ve askeri hizmetin görülmesi yerine sivil bir hizmeti yerine getirme yükümlülüğü yüklemesi halinde, vicdani rette bulunan kişinin Sözleşme’nin 4. maddesinin (Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı) ihlal edildiği iddiası kabul edilebilir değildir. Zira alternatif sivil hizmet, 4. maddenin kapsamına girmemektedir. RENUCCI, s. 14, 15, Ayrıca bkz. Bayatyan v. Ermenistan, Başvuru No: 23459/03, 07.07.2011, ÖZDEMİR, Nadire, AİHM Büyük Daire Bayatyan/Ermenistan Davası, Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, s. 212 vd.

Diğer yandan Mahkeme’ye (Komisyon) göre, Sözleşme’nin 9. maddesinde düzenlenen vicdan özgürlüğünden, özel bir dernek gibi bir tüzel kişinin yararlanması mümkün değildir. Nitekim, başvuranın, uyuşturucu rehabilitasyon merkezleri işleten ve kar amacı gütmeyen özel bir organizasyon olduğu, Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince, hastalardan birinin taburcu edilmesinin ardından Uyuşturucu Madde Kanunu’nun 16. maddesinde yer alan uyuşturucu madde bağımlılığı hükmü nedeniyle hakkında cezai soruşturma açıldığı ve söz konusu dava kapsamında adı geçen organizasyondan tanıklık yapılmasının talep edildiği ancak söz konusu talebin, hasta ve terapist arasındaki güven ilişkisi gerekçesiyle reddedildiği, bu anlamda tanıklıktan çekinildiği ve bu nedenle para cezasına çarptırıldığı Verein “KontaktInformation-Therapie” ve Hagenv. Avusturya davasında Komisyon, başvurunun şahıs itibarıyla yetki ilkesi uyarınca reddedilmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Komisyon, vicdani kanaat ile kilise gibi bir tüzel kişi tarafından da yararlanılan din özgürlüğü arasında bir ayırım yapılması gerektiğini de ifade etmiştir. Verein “KontaktInformation-Therapie” ve Hagenv. Avusturya, Başvuru No: 11921/86, 12.09.1988, MURDOCH, s. 19, ŞİRİN/DUYMAZ/YILDIZ, s. 21.

“inancı açıklama özgürlüğü” olarak ifade etmektedir¹⁰²⁶. Ayrıca İHAM içtihatlarından da açık bir şekilde anlaşıldığı üzere, dine kazandırma/davet ya da başkalarının dinini değiştirmeye teşebbüs etme, dini cemaatin yaşamına genel katılım, dini kurallara uygun olarak hayvanların kesilmesi veya dini semboller giymek gibi meseleler “inancı açıklama özgürlüğü” kapsamında ele alınmaktadır¹⁰²⁷.

Diğer yandan, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin, MSHS’nin 18. maddesi Hakkındaki 22 No.lu Genel Yorumu’na göre, “İbadet kavramı inancı doğrudan ifade eden ayinsel ve törensel davranışlar ile ibadet yeri inşa etme, ayinsel obje kullanımı, semboller taşınması ve tatil ve dinlenme günlerine uyulması gibi bu tip davranışların ayrılmaz

¹⁰²⁶ Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan “dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü”, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli davranışları kapsamaktadır.” Any. Mh. 2014/36 E., 2015/51 K., 27.05.2015, Tuğba Arslan Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, Esra Nur Özbey Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, 20.05.2015, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi:02.11.2016),

¹⁰²⁷ İHAM’ne göre, “bir dinin veya inancın ifade edilmesi açısından merkezi önemde bir faaliyet ile yine din veya inanç tarafından teşvik edilen veya onlardan esinlenen basit bir hareket/eylem arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir.” **Kosteski v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti**, Başvuru No: 55170/00, 13.04.2006, **MURDOCH**, s. 15, 22, 23.

Zira Mahkeme’ye göre, inancı açığa vurma özgürlüğü, bir din veya inançtan kaynaklanan, ondan esinlenen her bir hareketi kapsamaz. Diğer yandan, bir davranışın inancın uygulaması olarak değerlendirilebilmesi için, gerçekleştirilen davranış ile inanç arasında doğrudan bir bağın bulunması gerekli olmakla birlikte, bu bağın varlığını başvuranın ispatlaması gerekmektedir. Bu anlamda eylemin, ilgili din veya dünya görüşüyle tipik bir bağlantısı olmalı bir diğer ifadeyle eylem ile din arasında organik ve maddi bir bağlantı bulunmalıdır. Eylemin korumadan kapsamında olabilmesi için eylem salt ticari nitelikte olmamalı ve saf kişisel motivasyondan kaynaklanmamalıdır. Örneğin dini bir toplantı vesilesiyle yapılan gıda maddesi satışı, din özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağı gibi belirli dinsel gruplardan yüksek miktarda para toplanması gibi dinsel süsle bezeli ekonomik güdümlü eylemler de bu koruma alanına girmemektedir. **ARSLAN**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü, s. 35, **KANATOĞLU**, s. 363, **MURDOCH**, s. 22, **NAL**, s. 69, 77, **RENUCCI**, s. 29,

Anayasa Mahkemesi bu durumu, “Sözleşme organları, bir inancın ön plana çıkmadığı, fakat daha çok kişisel istek veya düşüncelerin ifadesini içeren başvurularda, dışa dönük davranışları Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında değerlendirmekte çekimser davranmıştır. Mahkeme ve Komisyonun eğilimi, bir din veya inanç tarafından emredilmiş belirli bir davranışın bulunmadığı durumlarda, davranışın bir inançtan çok, bir fikrin ifadesi olduğunu varsaymak olmuştur... Bir davranışın herhangi bir din veya inancın açığa vurulabilir nitelikte bir yönünü oluşturup oluşturmadığının tam anlamıyla ortaya konulmasında karşılaşılan güçlüklerin üstesinden gelmek için somut olayın koşullarına göre din ve inanç ile açığa vurulan davranış arasında yapısal veya teorik bir bağlantının bulunup bulunmadığı, davranışın ortaya çıktığı zaman ve mekân ile bireyin, inancını davranışının nedeni olarak ileri sürüp sürmediği, bu tespit yapılırken göz önünde bulundurulması gereken önemli noktalar. Bununla birlikte, acil bir toplumsal ihtiyaç karşılama hali dışında, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurusunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir. Başka bir deyişle başvurusunun din veya inancının uygulamasına ilişkin anlayışının ve bu anlayıştan doğan açıklamalarının, açıkça mesnetsiz veya mantıksız olmadığı müddetçe esas alınması gerekir... Ayrıca açığa vuruma ilişkin güvence dinsel bir inancın bütün mensuplarınca paylaşılan inançlar ile sınırlı da kabul edilemez. Özellikle bu hassas alanda, belirli bir din veya inancın mensuplarının hangisinin ortak inançlarının emirlerini daha doğru anladığını araştırmak yargılama faaliyetinin ve yargılama yetkisinin kapsamında değerlendirilemez... Aynı şekilde başvuru organları kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve “alışıldık dini uygulamaların” neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvuru organlarının vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının “yerinde” olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir.” Any. Mh. 2014/256, 25.06.2014, Any. Mh. 2013/7443, 20.05.201, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140705-21.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016),

Ayrıca bkz. **Arrowsmith v. Birleşik Krallık**, Başvuru No. 7050/75, 1978, **RENUCCI**, s. 28, 29, **ARSLAN**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü, s. 35, **X. v. Birleşik Krallık**, Başvuru No: 5442/72, 20.12.1974, **AĞIRBAŞLI**, s. 93, **ARSLAN**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü, s. 52, **Karaduman v. Türkiye**, Başvuru No: 16278/90, 03.05.1993, **AĞIRBAŞLI**, s. 92, **Kalaç v. Türkiye**, Başvuru No. 20704/92, 01.07.1997, **MURDOCH**, s. 23, 24.

parçası niteliğindeki çeşitli uygulamaları kapsar. Din veya inancın uygulanması ve ayinler sadece törensel davranışları değil, ayrıca beslenmeye ilişkin düzenlemelere uyulması, ayırt edici kıyafet giyilmesi veya başörtüsü takılması, hayatın belli aşamaları için belirlenmiş törenlere katılma ve bir grup tarafından geleneksel olarak konuşulan belli bir dilin kullanılması gibi gelenekleri de kapsar. Buna ek olarak, bir din veya inancın uygulanması ve öğretilmesi, bir dini grubun iç işlerinin idaresinin parçası olan, diğerlerinin yanında, kendi dini liderlerini, rahiplerini veya öğretmenlerini seçme özgürlüğü, dini okullar veya kurumlar oluşturma özgürlüğü ve dini metinler ve yayınlar hazırlama ve dağıtma özgürlüğü gibi davranışları içerir.”

Dinin açığa vurulması biçimlerinin, uluslararası insan hakları standartlarında ibadet, eğitim-öğretim, uygulama ve uyma (vecibeleri yerine getirme) olarak düzenlenmişken, Anayasa’da, yalnızca, “*ibadet, dini ayin ve törenler*”den söz edilmesi şeklinde ortaya çıkan farklılığın ilk bakışta, Anayasa’nın daha dar bir kategoriye özgürlük korumasına aldığı biçiminde yorumlanabileceği, ancak uygulama veya vecibeleri yerine getirme biçimindeki izharın (açığa vurma), zorlama yasağı kapsamında olmadığı savunulamayacağına göre, “*ibadet, dini ayin ve törenler*” lafzının, uygulamaları da içerdiği ve sonuç olarak Anayasa’nın 24. maddesinde düzenlenen izhar kapsamının MSHS’nin 18. ve İHAS’nin 9. maddeleri ile paralel nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰²⁸.

İbadet etmek yoluyla dinini veya inancını açıklama özgürlüğü diğer bir söyleyişle ibadet özgürlüğü, bir dine inanan kişinin, bireysel ya da toplu ibadetler, ayinler ya da törenler gibi o dinin gereklerini yerine getirme, bayram ve özel dinlenme günlerinin kutlanması gibi dinsel gelenekleri devam ettirme ve gelecek nesillere aktarma özgürlüğünü ifade etmektedir. Ancak, kişiler, gerek özel hayatlarında ve gerek ise toplumsal ilişkilerinde, inandıkları dinin gereklerini yerine getirmek hususunda özgür oldukları gibi yerine getirmemek hususunda da özgürdürler. Zira inanan kişilerin, inandıkları dinin ibadet, ayin ya da törenlerine katılmalarına zorlanamaması da ibadet özgürlüğünün koruma kapsamındadır¹⁰²⁹. Şu halde, örneğin, kışlada askerlerin, okulda veya yurtlarda

¹⁰²⁸ VURAL, s. 264.

¹⁰²⁹ RENUCCI, s. 26, KABOĞLU, Din Özgürlüğü, s. 268, ERDOĞAN, Mustafa, Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü, http://www.libertedownload.com/ldt/din%20hurriyeti/Mustafa_Erdogan_Din.pdf, (Erişim Tarihi: 22.07.2015), s. 25, NORVEÇ HELSİNKİ KOMİTESİ, Ocak-Haziran 2013 Türkiye’de İnanç Özgürlüğü Hakkını İzleme Raporu, s. 25, PEKİN, s. 450,

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılması öngörülerek, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. Zira kişiler arasında

öğrencilerin, bakımevlerinde hastaların, ceza infaz kurumlarında mahkûmların kendi istekleri dışında ibadete zorlanmaları ibadet özgürlüğünü ihlal eder¹⁰³⁰.

İbadet özgürlüğünün diğer bir boyutu ise, ibadet yerlerinin güvenliğinin sağlanması bir başka ifadeyle, dinsel amaçla kullanılan yerlerin insan haklarıyla uyumlu olacak şekilde korunması, saldırıya açık durumların gelişmesinin önlenmesi, imar planlarında ibadet yeri tahsisi, ibadet yerlerinin restorasyonu ve ibadet yeri kurma hakkının tanınmasıdır¹⁰³¹. Özellikle, ibadet yeri olarak kullanılan bazı mekânlara resmi anlamda “*ibadet yeri statüsü*”nün verilmemesinin, bu mekânların, söz konusu statüye sahip olan diğer ibadet yerlerinin yararlandığı bazı ayrıcalıklardan yararlanamamasından dolayı, ibadet özgürlüğünün ihlal ettiği ifade edilmektedir. Bu hususta, kamunun bilgisine ve yargı kararlarına da yansımış olan Alevi Cem Evlerine ibadet yeri statüsü verilmesine yönelik başvuruların, valilikler ve yargı mercileri tarafından, Diyanet İşleri Başkanlığı’nın “*Müslümanların ibadet yerinin cami*” olduğu görüşü esas alınarak reddedilmesi karşısında, “*devletin dinsel inançların veya bu inançların dışavurum biçimlerinin meşruiyetine ilişkin bir değerlendirmeye yer veremeyeceği*” yönündeki İHAM görüşünün¹⁰³² hatırlamasının yararlı olacağı ifade edilmiştir¹⁰³³.

evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan ‘dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü’, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli davranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.” **Any. Mh. 2014/36 E., 2015/51 K., 27.05.2015**, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

¹⁰³⁰ NAL, s. 86.

¹⁰³¹ **NORVEÇ HELSİNKİ KOMİTESİ**, Ocak-Haziran 2013 Türkiye’de İnanç Özgürlüğü Hakkını İzleme Raporu, s. 20-24, Her türlü mabedin inşası veya kullanılmasının, tanınmış bir dini mercein ve Eğitim ve Din İşleri Bakanlığı’nın iznine bağlı olduğu düzenleme karşısında, bir Yehova Şahidi’nin Yunanistan’da başka amaçlar için kiraladığı bir yeri ibadet yeri olarak kullanma isteği ve izninin devlet tarafından uzun süre sürüncemede bırakılması nedeniyle burayı fiilen ibadet için kullanması sonucu cezalandırılması üzerine görülen Manoussakis ve diğerleri davasında İHAM, Yunan mevzuatının çok meşakkatli formaliteler koyduğunu ve sonuçta Bakanın takdir yetkisine bağlı olarak ibadet yeri açma izninin hiç verilemeyebileceğini, çünkü Bakanın gerçek bir ibadet yeri ihtiyacı olup olmadığını takdir etmek hakkına sahip olduğunu vurgulamış, Yunan Hükümetinin Ortodokslar dışındaki inanç gruplarına karşı bu mevzuatı zorluk çıkarmak için kullandığını ve bunun demokratik bir toplumda orantısız bir tedbir olduğu görüşünü belirterek, Sözleşme’nin 9. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. **Manoussakis ve Diğerleri v. Yunanistan, Başvuru No. 18748/91, 26.09.1996, GÜNDÜZ, Aslan**, Türkiye’nin AB Üyeliği ve AB’de Din Özgürlüğü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2000, s. 53, **RENUCCI**, s. 67, 68.

¹⁰³² **Besarabya Metropolit Kilisesi v. Moldova, Başvuru No. 45701/99, 27.03.2002, MURDOCH**, s. 18.

¹⁰³³ **NORVEÇ HELSİNKİ KOMİTESİ**, Ocak-Haziran 2013 Türkiye’de İnanç Özgürlüğü Hakkını İzleme Raporu, s. 21, 22, **ULUSOY, Ali D.**, Türk Laikliğinin Hukuksal Çerçevesi, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt: II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2013, s. 1055.

ABD Yüksek Mahkemesi’ne göre ise, bu hak, semavi dinler dışında kalan Yahova Şahitliği vb. inanç sistemleri için de geçerlidir. Zira Mahkeme’ye göre, “*Laik bir devlet, neyin “din” olup neyin olmadığı konusunda karar vermeye yetkili değildir.*” Mahkeme, bağış toplama kampanyası yürüten “*Varım*” (“*I am*”) dininin mensuplarının kovuşturulmasıyla ilgili olarak *Ballard* davasında, jürinin, sanıkların inancının sahici mi sahte mi olduğuna karar veremeyeceğini belirtmiş ve insanların, kanıtlamayacakları şeylere inanabileceğine dolayısıyla dini doktrin ve inançlarını kanıtlamak zorunda olmadıklarına hükmetmiştir. **ERDOĞAN**, Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü, s. 26.

Kişilerin, dini öğretim yapması, dinini veya inancını açıklama özgürlüğünün diğer bir yoludur. Öğretim özgürlüğü ise, dini eğitim hakkı ile dinini yayma hakkını kapsamaktadır¹⁰³⁴. Özellikle dini yayma, telkinde bulunma ya da ikna etme eylemleri bakımından, İHAS’de açık bir hüküm olmasa da bu konudaki şikâyetler, 9. maddedeki “*öğretim özgürlüğü*” kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim İHAM’ne göre bu özgürlük, kişinin başka kişileri, öğretme yoluyla bir dine ikna etmesini de kapsamaktadır¹⁰³⁵.

Diğer yandan Mahkeme, proselitizm faaliyeti ile başka bir dine ikna etme fiilleri arasındaki farka da değinmiştir. Zira Mahkeme’ye göre, “*Evvela, Hristiyan tanıklığı (müminliğe) davet ile proselitizm arasında bir ayrım yapılmalıdır. İlki, gerçek evanjelizme tekabül etmektedir ve Dünya Kiliseler Konseyi’nin bünyesinde 1956 yılında hazırlanan bir raporda önemli bir misyon ve bütün Hristiyanların ve Kiliselerin sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir. İkincisi ise bunun yozlaştırılmış veya şekil değiştirmiş halini temsil etmektedir. Aynı rapora göre, proselitizm Kilise’ye yeni üyeler kazandırmak veya bunalımda olan ya da muhtaç durumda bulunan kişiler üzerinde uygun olmayan baskılar oluşturmak amacıyla maddi veya sosyal avantaj sağlama faaliyetleri şeklinde olabilir; hatta şiddet kullanımını veya beyin yıkama faaliyetini de içerebilir; daha genel olarak, proselitizm başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı ile bağdaşmamaktadır*”¹⁰³⁶,

TC Anayasası’nın 24. maddesi, bu konuda daha dar kapsamlıdır. Zira 24. madde incelendiğinde, öğretim özgürlüğünden anlaşılan salt, “*eğitim kurumları*” kapsamında dini eğitimin verilmesi hususudur. Bu anlamda, telkin, ikna ya da propaganda yoluyla “*dinin yayılması*”nın, salt lafzi bir yorumla, Anayasa’nın 24. maddesindeki öğretim özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilir¹⁰³⁷. Bununla birlikte, TCK’nun 115. maddesinin 1. fıkrası “*Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefî inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi*”nin cezalandırılacağını ifade etmek

¹⁰³⁴ NORVEÇ HELSİNKİ KOMİTESİ, Ocak-Haziran 2013 Türkiye’de İnanç Özgürlüğü Hakkını İzleme Raporu, s. 26, 27.

¹⁰³⁵ RENUCCI, s. 22.

¹⁰³⁶ ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü, s. 40.

¹⁰³⁷ Yargıtay, Anayasanın 24. maddesi düzenlemesinin din özgürlüğü kapsamında “*inanma, ibadet, cemaat oluşturma, yayma, öğrenme ve öğretme*” özgürlüklerini koruduğu görüşündedir. Yargıtay, “*dinsel görüş sahiplerinin yayılma ve propaganda yapmak faaliyetlerinin Anayasa’nın 24. maddesinin tanıdığı haklardan*” olduğunu kabul etmekte ve Anayasanın koruduğu dinselliğin en geniş anlamda kavranışının bir örneğini sunmaktadır. YCGK, 1985/9-596 E., 1986/293 K., 26.05.1986, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

suretiyle, “*dinin yayılması*” hususunda herhangi bir yasaklamanın olmadığını ortaya koymaktadır. Yine TCK’nun 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendine göre, “*Hakaret suçunun dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.*” Böylece, herhangi bir dini inancın yayılması amacıyla yürütülen propaganda faaliyetlerinin yasaklanmasının veya bu faaliyet karşılığında ceza yaptırım uygulanmasının, din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğunu ifade etmek mümkündür¹⁰³⁸.

Dini eğitim ve öğretim verecek okullar açma özgürlüğü ile ebeveynlerin, çocuklarının kendi inançları doğrultusunda öğrenim görmelerini sağlama özgürlüğü dini öğretim özgürlüğünün diğer bir yoludur. İHAM bu özgürlüğü, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün Eğitim Hakkı başlıklı 2. maddesi ile birlikte yorumlamaktadır¹⁰³⁹.

Dini eğitim ve öğretim verecek okullar açma özgürlüğü, özetle, kamu okulları yanında, dini ağırlıklı olanları da dâhil olmak üzere, özel eğitim kurumlarının kurulup işletilmesinin yasak olmaması, bu tür kurumların faaliyetlerinin serbest olması olarak anlaşılmaktadır¹⁰⁴⁰. Buna karşılık, devlet/kamu okullarında, dini eğitim-öğretimin ancak isteğe bağlı olarak yapılması halinde din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edilmediği söylenebilir; zira kimse kendi dini inancına veya vicdani kanaatine aykırı olarak din eğitimi almaya zorlanamaz¹⁰⁴¹. İHAM, *Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye* davasında, “*Türkiye’de ağırlıklı olarak Sünni mezhebinin yer aldığı din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin zorunlu olmasını, dersin içeriğinin objektif ve çoğulcu olmamasını, sadece Hristiyan ve Yahudilere bu dersten muafiyet olanağı getirilmiş olmasını, Sünnilikten farklı olan Aleviler yönünden ise böyle bir imkânın bulunmamasını, bu şekilde bir muafiyet düzenlemesi yapılırsa bile ebeveynlerin dini inançları hakkında okul yetkililerine bilgi vermek yükümlülüğü altına gireceklerinden bunun din özgürlüğüyle bağdaşmamasını dikkate alarak*”, Alevi olan başvuruçuların eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

¹⁰³⁸ ERDOĞAN, Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü, s. 26.

¹⁰³⁹ “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

¹⁰⁴⁰ ULUSOY, s. 1063.

¹⁰⁴¹ ULUSOY, s. 1064, 1065, ERDOĞAN, Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü, s. 26,

Mansur Yalçın ve Diğerleri v. Türkiye davasında da Mahkeme aynı sonuca ulaşmıştır¹⁰⁴².

Şu halde, İHAM, objektif ve eleştirel olması ve muafiyet hakkının tanınması halinde din ve ahlak derslerinin müfredatta olmasında sakınca görmemektedir¹⁰⁴³.

Ebeveynlerin, çocuklarının kendi inançları doğrultusunda öğrenim görmelerini sağlama özgürlüğü bakımından ise, bireysel olarak, ebeveyn, veli veya vasilerin, kendi uygun gördükleri kimselere başvurmak suretiyle, inandıkları din ve mensubu oldukları mezhebi öğrenmeleri ve çocuklarına öğretmeleri serbesttir¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² **Mansur Yalçın ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No. 21163/11, 16.09.2014,** <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/yalcin.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.11.2016).

¹⁰⁴³ **ÇELİK, Abdullah,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı, TAAD, Yıl:6, Sayı:20, Ocak 2015, s. 303, 304, **AĞIRBAŞLI,** s. 94,

“Müfredatın düzenlenmesi ve planlanması ilk olarak taraf devletlerin yetkileri dâhilinde bulunmaktadır. Bu durum temelde amaca uygunluk konularına ilişkindir. Bu konularda hüküm vermek İHAM’ne düşmez ve çözüm ülke ve döneme göre değişiklik gösterebilir (bkz., yukarıda anılan, Valsamis). Özellikle 1 No. ’lu Protokol’ün 2. maddesinde yer alan ikinci cümle, devletlerin, devlet okullarında, verilen öğretim aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi türde objektif bilgi vermesini engellemez. Ebeveynlerin dahi bu öğretim veya eğitimin okul müfredatında yer almasına itiraz etmelerine izin vermez. Zira aksi halde tüm kurumsallaşmış öğretim uygulanamaz hale gelme riski ile karşılaşır (bkz., yukarıda anılan, Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen).

Okulda öğretilen pek çok dersin, az veya çok ölçüde, felsefi bir yön veya sonuç içermemesi çok zor bir ihtimaldir. Felsefi, kozmolojik veya ahlaka ilişkin her soruya bir cevabı olan veya olabilen çok geniş bir dogmatik ve ahlaki varlık oluşturan dinlerin varlığı dikkate alındığında aynı durum dini eğilimler için de geçerlidir... Ek olarak, Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu’nun kararı, T.C. uyruklu yalnız iki kategorideki öğrenciye; bir başka deyişle ailesi Hristiyanlık ve Musevilik dinlerine mensup olanlara muafiyet olasılığı sağlamaktadır. AİHM’ne göre, bu durum, din derslerinin içeriğinin, bu iki sınıfa mensup öğrencileri, okulun verdiği din eğitimiyle ebeveynlerin dini ve felsefi inançları arasında çatışmayla karşı karşıya bırakılabileceğini akla getirmektedir. Tıpkı ECRI (İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu) gibi, AİHM de, bu durumun eleştiriye açık olduğu kanısındadır. “Bu ders gerçekten farklı din kültürleriyle ilgili ders olması halinde, bunu yalnız Müslüman çocuklara zorunlu kılmak için ortada neden yoktur” . Bunun tersine, dersin içeriği özellikle Müslüman dinini öğretmek için oluşturulmuşsa, bu dersin belirli bir din üzerinedir ve çocuğun ve ebeveyninin din özgürlüğünü korumak adına zorunlu olmamalıdır.” AİHM, Hükümet’e göre, muafiyet olasılığının, böyle bir talep geldiği takdirde diğer inançlar için de genişletilebileceğini kaydeder. Bununla birlikte, bu muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ebeveynlerin okul yetkililerine dini ve felsefi inançlarını bildirmelerinin zorunlu olması, inanç özgürlüklerine saygı gösterilmesi için uygun bir araç değildir. İlave olarak, ortada açık bir metin bulunmadığından, okul yetkililerinin, böyle talepleri, Zengin’in davasında olduğu gibi, her zaman için reddetme seçenekleri bulunmaktadır.” **Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, Başvuru No. 1448/04, 09.09.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).**

¹⁰⁴⁴ **DÖNMEZER,** Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü, s. 27,

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 22.6.1965 günlü, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’a 4415 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 3’ün birinci fıkrasının üçüncü tümcesi ile ikinci fıkrasının (İlk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri dışında, Kur’anı-Kerim ve mealini öğrenmek, hafızlık yapmak ve dini bilgiler almak isteyenlerden ilköğretimi bitirenler için, Diyanet İşleri başkanlığınca Kur’an kursları açılır. Bu kurslardaki din eğitim ve öğretimi kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlıdır. Ayrıca ilköğretimin 5 inci sınıfını bitirenler için tatillerde ve Milli Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetiminde yaz Kur’an kursları açılır.

Kur’an kurslarının açılış, eğitim-öğretim ve denetimleri ile bu kurslarda okuyan öğrencilerin barındığı yurt veya pansiyonların açılış ve çalışmalarına dair hususlar yönetmelikle düzenlenir.) Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla iptalini istediği davada Anayasa Mahkemesi, “Anayasa’nın 24. maddesinin gerekçesinde ve Anayasa Mahkemesi’nin 16.9.1998 günlü, K:1998/52 sayılı kararında da belirtildiği gibi, din eğitim ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasının öngörülmesi ile, eğitim ve öğretim özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dinler hakkında yansız ve tanıtıcı bilgiler vermek ve ahlaki değerleri benimsetmek amacıyla din kültürü ve ahlak öğretimi dersleri ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasına alınmış, bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimi ise, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin iznine bağlı tutulmuştur... Din eğitiminde büyüklerden farklı olarak küçüklerin gelişim psikolojileri büyük önem taşır. Dini kavramların bazılarının soyut olması, küçüklerin din eğitiminde zihinsel gelişim basamaklarının dikkate alınmasını zorunlu kılar. İtiraz konusu kural, küçüklerin zihinsel gelişim basamaklarına uygun olarak somut kavramlar döneminden çıkarak soyut kavramları da anlama olgunluğuna

İHAM'ne göre, ebeveynlerin, çocuklarını aydınlatması, onlara tavsiyelerde bulunması ve onları kendi din ve felsefi inançları doğrultusunda yetiştirmesi, doğal ebeveyn fonksiyonları gereğidir. Bununla birlikte ebeveynlerin, devletten dini öğretim sırasında kendilerinin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini talep etme hakkı vardır. Bu nedenle, taraf devletlerin okul müfredatına din dersini dâhil ettiği ancak muafiyet düzenlemesi yapmadığı durumlarda, öğrencilerin ebeveynleri dersin öğretiminin objektiflik ve çoğulculuk kriterini karşılayacağı ve kendi dini ve felsefi inançlarına saygı gösterileceğine dair haklı bir beklenti içine girebilirler. Bu beklenti ise, “*eğitimde çoğulculuk*”, devletin “*nötr ve tarafsız olma*”sı ve “*endoktrinasyon (telkin) yasağı*” ile karşılanmalıdır¹⁰⁴⁵.

Diğer yandan, Sözleşme kapsamında koruma altında olmakla birlikte ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini talep etme hakları da mutlak değildir. Zira devlet tarafından bu hakka yönelik bir sınırlamanın getirilmemesi halinde, çocuklar üzerindeki tüm kontrol mekanizmasının kaybedileceği ve bu durumun ise çocukların toplumsal yaşama entegre olmasını engelleyeceği ifade edilmektedir. Diğer yandan ebeveynin inançlarıyla, çocuğun eğitim hakkının da dengelenmesi gerekmektedir. Bu anlamda İHAM'ne göre, çocuğun eğitim hakkı, ebeveynin kanaatleri/inançlarından öncelikli bir öneme sahiptir. Nitekim Mahkeme, Yedinci Gün Adventist Kilisesi'nin üyesi olan ebeveynlerin, çocuklarının kendileri için kutsal olan cumartesi günü okula gitmekten muaf tutulmasına ilişkin taleplerini, çocuğun eğitim hakkını göz önünde bulundurmak suretiyle reddetmiştir¹⁰⁴⁶. Benzer bir şekilde, dolaylı yoldan da olsa savaş ile ilişkili herhangi bir davranışın pasifizm inancında yasaklanması gerekçesiyle ulusal bir tatil gününde çocuklarının geçit törenine katılmasını reddeden ve okuldan bir günlük muafiyet talep eden ebeveynlerin başvurusunu, geçit törenine katılmanın, dinin inançlara yönelik bir ihlal oluşturmaması gerekçesiyle reddetmiştir¹⁰⁴⁷.

eriştiği düşünülen beşinci sınıfı bitirenler için, zorunlu temel eğitimlerini de aksatmayacak şekilde sadece okulların yaz tatilinde Milli Eğitim Bakanlığı'nın gözetim ve denetiminde yaz Kur'an kurslarının açılmasını öngörmektedir. Buna göre, ilköğretimin beşinci sınıfını bitirenler için, okulların tatil olduğu dönemde, Diyanet İşleri Başkanlığı'nca açılıp, Milli Eğitim Bakanlığı'nın gözetim ve denetiminde yürütülecek ve katılımın kişilerin kendi isteği, küçüklerin ise kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olduğu yaz Kur'an kurslarının, sekiz yıllık zorunlu ve kesintisiz laik eğitim ve öğretim faaliyetini engellemesinin söz konusu olmadığı açıktır.” ifadelerini kullanmak suretiyle, iptal talebini reddetmiştir. Any. Mh., 2005/16 E., 2009/139 K., 08.10.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

¹⁰⁴⁵ RENUCCI, s. 31, 32, ÇELİK, s. 292, 301, 322

¹⁰⁴⁶ Martins Casimiro ve Cerveira Ferreira v. Luxembourg, Başvuru No. 44888/98, 27.04.1999, RENUCCI, s. 33.

¹⁰⁴⁷ Valsamis v. Yunanistan, Başvuru No. 21787/93, 18.12.1996, Johnston ve Diğerleri, Başvuru No. 9697/82, 18.12.1996, Efstratiou v. Yunanistan, Başvuru No. 24095/94, 18.12.1996, RENUCCI, s. 34.

Son olarak, uygulama yoluyla dinini ya da inancını açıklama özgürlüğü, inancın diğer bir açıklama yoludur. Dini semboller ve/veya giysilerin giyilmesi, inanç grubunun ibadetlerinde geleneksel olarak konuşulan dili kullanması, toplulukların, kendi dini liderlerini ve dinlerini öğretecek kişileri seçmesi¹⁰⁴⁸, kişinin din veya inancına uygun bir şekilde defnedilmesi, farklı inanç gruplarına mensup bireylerin farklı alanlarda mezarlık taleplerinin karşılanması ve dini topluluklara tüzel kişilik statüsünün verilmesi (örgütlenme hakkı) gibi haklar bu özgürlük kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁴⁹.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fiil

a. Genel Açıklamalar

Dini değerleri aşağılama suçunun düzenlendiği TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*” olarak öngörülmüştür. Gerek aleniyet ve gerek ise aşağılama kavramlarını ilgili bölümlerde açıklamış bulunduğumuzdan, söz konusu açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁰⁵⁰.

Fiilin nitelikleri bakımından konuyu değerlendirecek olursak, dini değerleri alenen aşağılama suçunun, icrai, serbest, ani ve tek hareketli suçlardan olduğunu söylememiz mümkündür.

Burada özellikle değinmek istediğimiz husus, TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresinin, fiilin bir niteliği mi yoksa suçun konusu bakımından ele alınacak bir somut tehlikelilik hali mi olduğudur. Biz, söz konusu ibareyi, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil, fiilin bir niteliği olarak değerlendirdiğimizden, “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” hususunu suçun konusuna ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda değil, fiil başlığı altında incelemeyi uygun görüyoruz.

¹⁰⁴⁸ 1985 yılında, Batı Trakya Türkleri'nin Rodop müftüsünün ölmesi ve Yunan hükümetinin geçici bir müftü tayin etmemesi üzerine Müslüman topluluğun kendi müftülerini seçtiği ancak Rodop savcılığının, resmi müftülük görevini gasp ettiği gerekçesiyle hakkında kovuşturma başlattığı başvuranın, Sözleşme'nin 9 maddesinin ihlal edildiğini iddia ettiği davada İHAM, bir kimsenin, kendisini serbest iradeleriyle izleyen bir grubun dini lideri olarak davranması nedeniyle cezalandırılmasının, demokratik bir toplumda dini çoğulculuğun gerekleri ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir. **Şerif v. Yunanistan, Başvuru No. 38178/97, 14.12.1999, GÜNDÜZ**, s. 54.

¹⁰⁴⁹ **NORVEÇ HELSİNKİ KOMİTESİ**, Ocak-Haziran 2013 Türkiye'de İnanç Özgürlüğü Hakkını İzleme Raporu, s. 29-37.

¹⁰⁵⁰ Söz konusu açıklamalar için bkz. s. 45 vd., s. 272 vd.

b. Fiilin Kamu Barışını Bozmaya Elverişli Olması

TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresi, aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda yer alan “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” ile farklı anlam taşımaktadır. Ancak Yargıtay, hatalı olarak, 216. maddenin 3. fıkrasında yer alan “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresini “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” olarak yorumlamaktadır. Nitekim sanık hakkında müştekilerin şikâyeti üzerine internette kendisine ait bir sosyal paylaşım sitesinde yazdığı,

“Tanrı, uğruna yaşayacağın bir şey mi, öleceğin bir şey mi yoksa hayvanlaşıp öldüreceğin şey mi? Bunu da düşün,

Rakı cennette varsa ve cehennemde yoksa ama chivasregal cehennemde var cennette yoksa? O zaman ne olacak? Asıl önemli soru bu!!!,

Bilmem fark ettiniz mi nerde yavşak, adi, magazinci, hırsız, şaklaban varsa hepsi Allahçı, Bu bir paradoks mu?,

Müezzin 22 saniyede okudu akşam ezanını yahu. Prestissimmo con fuca!!!Ne acelen var? Sevgili? Rakı masası?

Ateistim ve bunu bu kadar rahat söylebildiğim için gururluyum,

Ben ateistim, diğer yarısını bilmem,

Sanki; memleketin yarısı harbi ateist, diğer yarısı travmatik ateist!,

Irmaklardan şaraplar akacak diyorsun, cenneti ala meyhane midir? Her mümine 2 huri vereceğim diyorsun, cenneti ala kerhane midir?,

Bu akşam çok kişi ateist olmuştur, sağ olsunlar” ifadelerinin yer aldığı davada Yargıtay, “*Dosya içeriğine göre, sanığın suça konu sözleri, kamu güvenliği açısından açık, yakın ve ciddi bir tehlikeyi somut olarak ortaya çıkarmadığı, şiddet çağrısı ya da tavsiyesi niteliğinde bir anlatım olmadığı gibi sanığın yasal çerçevede ifade özgürlüğünü kullandığı da dikkate alındığında unsurları itibariyle oluşmayan müsnet suçtan sanığın beraati yerine yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi”ni kanuna aykırı bulmuştur*¹⁰⁵¹.

¹⁰⁵¹ Yarg. 8. C.D., 2014/35434 E., 2015/22535 K., 12.10.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

Kamu güvenliği ve kamu barışına ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde değindiğimiz üzere, kamu barışı, kamu güvenliğini kapsayıcı geniş bir kavramdır. Bu özelliği ile kamu barışı, toplumu oluşturan bireylerde hukuk koruması altında yaşadıklarına dair olumlu duyguyu ifade eder. Bu nedenle 216. maddenin 1. fıkrası, fiilin cezalandırılması bakımından daha somut ve sıkı şartlara bağlanmışken, 3. fıkra aşağılayıcı ifadeler dolayısıyla toplumsal ahengin hukuk kuralları aracılığıyla sağlandığı yönünde birey ya da topluluklara hâkim olan duygunun olumsuz yönde etkilenmesi yeterli kabul edilmektedir. Böylece 1. fıkra, bir anlamda korunan hukuksal değere zarar verilmesi olasılığının artık tesadüflere kalmış olmasının yanında, acil olarak müdahale edilmesini gerektiren bir kriz ortamının ortaya çıkmış olması ve bu durumun, kamu güvenliği hukuksal değerinin ideal değerleri olan yaşam, vücut bütünlüğü, hürriyet, malvarlığı vb. değerler ile bu değerlerin güvenliğini sağlamaya yönelik organların işlevlerine karşı, ciddi ve endişe verici tehditler yaratması gerekliliği söz konusudur¹⁰⁵². 3. Fıkra bakımından ise, kanun koyucu böyle bir ortamın oluşmasını aramamakta, kişilerin dini duygularını inciten, saygısızlık olarak nitelendirilebilecek ifadeleri, kamu barışını bozmaya elverişlilik kapsamında değerlendirmektedir. Zira kamu barışı kavramı, hem genel hukuk güvenliğine hem de kamu güvenliğine ilişkin ideal/soyutu ifade eden “*olumlu duygu*”ları ihtiva eden bir kavram olduğundan, kamu güvenliğinin bozulma tehlikesine yönelik duygu (olumsuz duygu) müdahale için yeterli sayılabilir.

Diğer bir husus, “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresinin hukuki niteliğinin ne şekilde değerlendirileceğidir.

Kanaatimizce, dini değerleri aşağılama suçunda yer alan “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresi, objektif cezalandırma şartı olmayıp, icra hareketlerinin taşıması gereken niteliği anlatan ve bu anlamda “*fiilin elverişliliği*” ile ilgili bir meseledir.

İlk olarak, dini değerleri aşağılama suçunu konusu, “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler*”dir; zira burada, aşağılama fiilinin yöneldiği şey, “*dini değerler*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, eğer bu suç tipi, zarar yahut tehlike suçu olarak nitelendirilecekse, ortaya çıkan zarar ya da tehlikenin suçun konusu üzerinde bir başka ifadeyle “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler*” üzerinde etki yaratması gerekmektedir. Oysa madde metni incelendiğinde, halkın bir kesiminin benimsediği dini

¹⁰⁵² **AYDIN**, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013), **HEALY**, s. 705.

değerler üzerinde bir zarar yahut tehlike yaratılmasından bahsedilmemekte, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olmasından bahsedilmektedir. Kanun koyucu bu suç tipinde, aşağılama fiilinin işlenmesinin ardından, “*kamu barışı açısından bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartını aramamaktadır. Bir başka ifadeyle suçun konusu üzerinde değil, korunan hukuki değer üzerinde bir tehlikenin yaratılması haline dikkat çekilmektedir. Bu özelliği ile 3. fıkradaki düzenleme 1. fıkradaki düzenlemeden açıkça farklılık arz etmektedir. Zira halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda kanun koyucu, tahrik fiilinin kamu güvenliğini bozmaya elverişli olmasını aramamakta, madde kapsamındaki tahrikin suçun kanuni tarifindeki unsurları gerçekleştirmeye uygun olduğunu evleviyetle kabul etmektedir. Kanun koyucu burada cezalandırmayı, tahrik fiili nedeniyle “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartına bağlamaktadır. Böylece üzerinde zarar tehlikesi ortaya çıkan şey, “*kamu güvenliği*” olmakta ve suç somut tehlike suçu olarak değerlendirilebilmektedir. Oysa dini değerleri aşağılama suçu, kamu barışını bozmaya elverişli aşağılamanın işlenmesiyle oluşacağından ve hâkim tarafından suçun konusu üzerinde bir tehlike olup oluşmadığı hususunda bir değerlendirmeyi gerekli kılmadığından, soyut tehlike suçudur.

Fiilin elverişliliği hususuna gelecek olursak, bildiğimiz üzere failin suç yoluna girmiş sayılabilmesi ve teşebbüsten bahsedilebilmesi için, kastedilen suçun icrasına “*elverişli hareketlerle*” doğrudan doğruya başlanması gerekmektedir. Bu anlamda elverişlilik, bir fiilin doğrudan icraya başlanmış sayılabilmesi için taşınması gereken bir nitelik olup, kastedilen suçun icrası bağlamında gerçekleştirilen hareketlerin, suçun kanuni tarifindeki unsurları gerçekleştirmeye uygun olması olarak anlaşılmaktadır. Bu özelliği ile elverişlilik, sadece kullanılan araç bakımından değil, araç da dikkate alınarak fail tarafından girişilen faaliyetlerin tümü, hareket ve mevcut diğer şartlar göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Söz konusu şartlar ise, olay anındaki şartlara göre (ex ante) yapılacak objektif yani tarafsız bir değerlendirmeye belirlenmelidir. Bu değerlendirme sonucunda fiilin, suçun kanuni tarifinde yer alan neticeyi gerçekleştirmeye uygun olmadığı yahut suçun konusu bakımından herhangi bir tehlike doğurmadığı belirlenirse, suça teşebbüsten söz edilemeyecektir¹⁰⁵³. Bu anlamda, fiil bakımından elverişsizlik, bir kişinin gerçekleştirdiği fiilin ceza hukukunun müdahalesini gerektirir boyuta varıp varmadığının, işlenen fiilin suç

¹⁰⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 403, 404.

tipleriyle korunan hukuki değeri ihlal eden bir haksızlığın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin belirlenmesiyle ilgilidir. Bu anlamda fiilin elverişsizliği, işlenmesi kastedilen suçun icrasına başlanmış sayılmasını engellemektedir¹⁰⁵⁴.

Bu bilgiler ışığında, 216. maddenin 3. fıkrası bakımından “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresi, hâkimin, suçun konusu üzerinde somut bir tehlike meydana gelip gelmediğini araştırmasını gerektiren bir objektif cezalandırılabilirlik şartı değil, fiilin icrasına başlanmış sayılıp sayılmadığının değerlendirmesini gerekli kılan teşebbüs kurumuyla ilgili bir husustur. Bu bakımdan, olay anındaki şartlara göre (ex ante) yapılacak objektif yani tarafsız bir değerlendirmeye aşağılama fiilinin, kamu barışı bakımından herhangi bir tehlike doğurmadığı belirlenirse, suça teşebbüsten söz edilemeyecektir.

c. İHAM Kararlarında Dini Değerleri Aşağılama

Din özgürlüğüne ilişkin yaptığımız açıklamalar kapsamında ifade ettiğimiz üzere, İHAS’nin 9. maddesi, “*insanın herhangi bir dine inanmasını veya inanmamasını, inanmasının veya inanmamasının gerektirdiği pratikleri -ibadetleri, ritüelleri- yerine getirip getirmemesini, inancını değiştirebilmesini, inancının propagandasını yapabilmesini, inancının gerektirdiği cemaat, tarikat vb. örgütlenmeleri yapabilmesini, dilediğinde bunlardan ayrılma hakkını kullanabilmesini, herhangi bir şekilde inanmaya veya inanmamaya zorlanmamasını içeren*” temel hakları kapsamına almaktadır. Bu temel hakların koruma kapsamına alınmasının temel nedenini ise, demokratik çoğulculuk anlayışının korunması ve geliştirilmesi amacı kapsamında, toplumsal yaşantı içerisinde yer alan her bir bireyin, başkalarının dinsel duygularına saygı gösterme ve dinsel barışın bozulmasına neden olmama yükümlülüğünün olmasıdır. Söz konusu yükümlülüğün, din özgürlüğüne ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda değindiğimiz üzere, gerek devlet ve gerek ise üçüncü kişiler tarafından çeşitli şekillerde ihlal edilebilmesi mümkün olmaktadır. İHAM’nin bu yükümlülüğün ihlal edildiğini kabul ettiği bir diğer olgu ise, dine ya da din tarafından kutsal kabul edilen bir takım değerlere karşı, aşağılama/tahkir niteliğindeki fiillerin işlenmesi halidir.

Dinin ya da dini değerlerin tahkir edilmesi, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamında, düşüncüyü ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından bir meşru amaç

¹⁰⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 405, 406.

olarak belirlenmemiş olmakla birlikte İHAM, bu nitelikteki fiillerin sınırlandırılmasını, suçun önlenmesi, kamu düzeni ve ahlakın korunması ya da başkalarının haklarının korunması nedenlerine dayandırmaktadır. Bu anlamda Mahkeme, dini ya da kutsal sayılan bir takım değerlerin tahkir edilmesi niteliğindeki fiiller, hak sahiplerinin Sözleşme'nin 9. maddesinde belirtilen haklarına doğrudan saldırı özelliğini göstermeseler de inandıkları yahut kutsal kabul ettikleri değerlere “*saldırılması*” suretiyle, dolaylı olarak bu haklarının ihlal edildiğini kabul etmektedir. Zira Mahkeme'nin özellikle Sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenen din özgürlüğü, 10. maddesinde düzenlenen düşünceyi ifade özgürlüğü ve 11. maddesinde yer alan örgütlenme özgürlüğü bakımından sıkı sık ifade ettiği üzere, çoğulculuk, hoşgörü, başkalarının haklarına saygı ve açık görüşlülük, demokratik bir toplumun olmazsa olmazı olup, bir din yahut o din tarafından kutsal sayılan değerlerin aşağılanmak/tahkir edilmek suretiyle kişilerin dini duygularının incitilmesine ve söz konusu demokratik ortamın bozulmasına sebebiyet verebilecektir.

Mahkeme'ye göre, hoşgörü, çoğulculuk, başkalarının haklarına saygı ya da açık görüşlülük çift taraflıdır. Bir başka ifadeyle inanan kimselerin inançlarının eleştirilmesi, reddedilmesi yahut bu inançlara karşı muhalif bir duruş sergilenmesi, o fiilin tahkir niteliğinde olduğu ve Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği gibi eleştirilen ya da reddedilen inancın sahibinin de bu tür düşünce ifadelerine karşı hoşgörü göstermek yükümlülüğü vardır. Ancak diğer taraftan, eleştiride bulunan kimselerin de hoşgörü sınırlarını aşan ifadeler kullanması, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunmayacaktır. Söz konusu tartışmaya ilişkin hususlara, dini değerleri aşağılama suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olan düşünceyi ifade özgürlüğü kısmında daha ayrıntılı değinecek olmakla birlikte, burada altını çizmek istediğimiz husus, dine ya da din tarafından kutsal kabul edilen bir takım değerlere karşı işlenen fiillerin, demokratik bir ortamda olması gereken çoğulculuk ve hoşgörü ortamına aykırı nitelikte olduklarında koruma kapsamında bulunmamasıdır.

Bu anlamda İHAM'nin, hangi tür ifadelerin “*aşağılama*” ya da “*tahkir*” kapsamında değerlendirileceğine yönelik bir tanımı söz konusu olmamakla birlikte, bu hususta belli kıstaslar oluşturmuş olduğunu ifade etmek mümkündür.

Bu kıstasların belirlendiği önemli davalardan biri *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya* davasıdır. Dava konusu olaylar, Innsbruck'ta kar amacı gütmeyen ve görsel-işitsel medya aracılığıyla yaratıcılığı, iletişimi ve kültürü geliştirmeyi amaçlayan bir dernek olarak

kurulmuş olan Otto-Preminger-Institut'un, Oskar Panizza tarafından yazılan ve 1894'te yayınlanan bir oyundan ilham alınarak çekilen, yönetmeliğini Werner Schroeter'in yaptığı "Cennette Toplantı" (Council in Heaven) adlı bir filmi 13 Mayıs 1985 tarihinden itibaren gösterime sunmak istemesi ve fakat Roma Katolik Kilisesi'nin Innsbruck piskoposluğunun talebi üzerine savcılığın, dernek yöneticileri hakkında Av.CK'nun 188. maddesinde düzenlenen, "dinsel doktrinleri küçük düşürmek" suçundan soruşturma başlatması, filme el koyması ve filmin gösteriminin yasaklaması ve iç hukukta uygulanan bu tedbirlerin kaldırılmasına ilişkin taleplerin reddedilmesi şeklinde gelişmiştir¹⁰⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki İHAM söz konusu davada, Sözleşme'nin 9. ve 10. maddeleri bakımından değerlendirme yapmış, din özgürlüğü ve düşünceyi ifade özgürlüğü arasında bir denge oluşturulması bakımından, din özgürlüğü lehine tavır belirlemiştir. Zira Mahkeme'ye göre film. Din özgürlüğüne ilişkin hakların barışçıl bir biçimde kullanılmasını engellemektedir¹⁰⁵⁶.

Wingrove v. Birleşik Krallık davasında ise Mahkeme uyuşmazlığa, İngiliz Film Sınıflandırma Kurulu tarafından, film yönetmeni olan Bay Wingrove'un, Visions of

¹⁰⁵⁵ Oyun, Tanrı'yı yaşlı, yetkisiz ve etkisiz, Hazreti İsa'yı düşük zekâlı, annesinin kuzusu ve Meryem Ana'yı her ikisini de yöneten, ilkesiz, hafif meşrep kadın olarak göstermektedir. Tanrı, Hazreti Meryem ve Hazreti İsa, insanlığın ahlaksızlıktan dolayı cezalandırılması gerektiğine karar vermekte ancak insanları doğrudan yok etme imkânını kullanmak yerine, insanlığı kurtarılmaya muhtaç ve pişman olabilir durumda bırakmak için bir cezalandırma yöntemi seçmektedirler. Bu cezayı belirlerken de şeytandan yardım istemektedirler. Şeytan, cinsel yoldan erkeklerin ve kadınların birbirlerine farkında olmadan bulaştırabilecekleri bir hastalık önermekte (frengi) ve insanlar arasında bu hastalığı yayması için Salome ile birlikte bir kız çocuğu meydana getirmektedir. Şeytan bunun karşılığında düşünce özgürlüğü talep etmekte, Meryem Ana, bu konuyu düşünceğini bildirmektedir. Şeytan, hastalığı bulaştırması için kızını, öncelikle dünyevi gücü temsil edenlere, sonra Papa'nın sarayına, Hristiyan din adamlarına, erkek ve kadın manastırlarına ve son olarak olağan insanlara göndermektedir. Söz konusu oyundan esinlenen film ise, Panizza'nın 1895'deki yargılanmasından alınmış gibi görünen sahnelerle başlamakta ve bitmekte, Yahudi, Hristiyan ve İslam dinlerinin Tanrı'sını, şeytana secde eden, onunla uzun ve ihtiraslı bir biçimde öpüşen ve ona arkadaşım diyen, açıkça bunadığı belli bir yaşlı adam olarak tasvir etmektedir. Tanrı ayrıca, şeytana güvenerek yemin eder şekilde gösterilmektedir. Diğer sahnelerde, Bakire Meryem, müstehcen bir öykünün kendisine okunmasına ve şeytanla arasında şehvetli bir gerilimin doğmasına izin vermektedir. Hazreti İsa'nın büyümüş hali ise, geri zekâlı, aşağılık bir kişi olarak betimlenmekte ve bir sahnede, annesinin izniyle onun göğüslerini cinsel arzuyla okşayıp, öpmeye çalışmaktadır. Tanrı, Hazreti Meryem ve Hazreti İsa, bir sahnede şeytani alkışlar şeklinde gösterilmektedir. **Otto Preminger Institut v. Avusturya, Başvuru No: 13470/87, 20.09.1994,**

http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/6_8_mayis/aihm_yabanci/ottpermin.pdf, (Erişim Tarihi:10.11.2015)

¹⁰⁵⁶ "Sözleşme'nin 9. maddesinde koruma altına alınmış bulunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 'demokratik toplumun' temellerinden biridir. Bu husus, dini boyutu açısından, inananların ve onların yaşam kavramlarının en hayati unsurudur. Dini inançlarını açıklama özgürlüğünü kullanmayı seçenler, dini bir çoğunluğa veya azınlığa mensup olmalarına bakılmaksızın, her türlü eleştiriden muaf tutulmayı mantiken bekleyemezler. Dini inançlarının başkaları tarafından inkâr edilmesine ve inançlarına karşı geliştirilen düşmanca doktrinlerin propagandasının yapılmasına bile hoşgörü göstermeli ve bu durumu kabullenmelidirler. Fakat dini inançların ya da doktrinlerin inkâr edilmesi ya da eleştirilmesi tavrı, bu inanç ya da doktrin sahiplerinin Sözleşme'nin 9 maddesi kapsamında koruma altına alınan hakların barışçıl bir biçimde kullanılmasını sağlamak sorumluluğu nedeniyle, devletin müdahalesini gerektirebilir... Sözleşme'nin 9. maddesinde koruma altına alınan, inananların dini duygularına saygı hususu, dinen kutsal sayılan değerlerin provakatif bir biçimde temsil edilmesi dolayısıyla ihlal edilmiş görülebilir; bu tür kışkırtıcı temsiller demokratik toplumun bir unsuru olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli biçimde ihlali olarak da değerlendirilebilir... Avusturya resmi makamları, filmi toplatmak suretiyle, o bölgedeki dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini inançlarına karşı mazur görülemez ve mütecaviz biçimde yapılan saldırıların nesnesi oldukları kanısına kapılmalarını engellemek amacıyla hareket etmişlerdir."

Ecstasy isimli yaklaşık on sekiz dakikalık videosuna, videonun yasalara uygun şekilde kamuya satılabilmesi ve kiralanabilmesi için sınıflandırma sertifikası verilmesinin reddedilmesi ve iç hukuk yollarının da tüketilmesi üzerine dâhil olmuştur¹⁰⁵⁷. İHAM söz konusu filmin, dini hassasiyetlere hakaret boyutunun belirgin olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁵⁸.

Benzer bir yaklaşımı *İ.A v. Türkiye* davasında da görmek mümkündür. Söz konusu davada Berfin yayınevinin sahibi ve müdürü olan başvuran, Kasım 1993'te Abdullah Rıza Ergüven'in "Yasak Tümceler" adlı romanını yayımlamış ve bunun üzerine hakkında söz konusu kitabı basmasından ötürü 765 sayılı TCK'nun 175. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca dava açılarak mahkûmiyet hükmü verilmiştir¹⁰⁵⁹.

İHAM söz konusu davada tekrar din özgürlüğü lehine bir yaklaşım sergilemiştir. Otto-Preminger-Institut kararındaki gerekçelere atıfta bulunarak, düşünceyi ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında kurulması gereken dengeye dikkat çekmiştir. Bu kapsamda

¹⁰⁵⁷ Adı geçen filmde, siyah rahibe kıyafetli bir rahibenin büyük bir çiviye eline batırması ve kanı çıplak göğüslerine ve kıyafetine sürmesi, acı çekerken yere döktüğü bir kadeh şarabı yerden yalaması ve bilincini kaybetmesi, sonraki dakikalarda beyaz rahibe kıyafeti giymişken, bilekleri yukarıda beyaz bir halatla bağlanmış şekilde gösterilmesi, Azize Teresa'nın ruhu olduğu söylenen ve neredeyse tamamen çıplak ikinci bir kadının yavaş yavaş Azize Teresa'ya doğru emeklemesi, Azize Teresa'nın ruhu olarak gösterilen kişinin Teresa'nın ayaklarına geldiğinde, bacaklarını, ayaklarını, karnını ve göğüslerini okşamaya başlaması ve daha sonra da tutkulu bir şekilde öpüşmeleri sahnelerine yer verilmiştir. Tüm bu sahnelerde, Azize Teresa erotik bir zevk almış gibi gösterilmiş diğer sahnelerde ise Hz. İsa'nın vücudu, yerde bir haç üzerinde çarmıha gerilmiş olarak görülürken, Azize Teresa'nın Hz. İsa'nın önce ayağındaki işkence izlerini ve sonra yukarı çıkarak sağ tarafındaki yarayı öptüğü ya da yaladığı sahneler yer verilmiştir. Daha sonraki sahnelerde, Azize Teresa'nın rahibe kıyafetinin içinde çıplak olduğu anlaşılrken, Hz. İsa figürünün üzerine oturduğu ve yoğun erotik hazzı akla getirecek şekilde hareket etmeye başladığı ve dudaklarından öptüğü gösterilmiştir. Videoda birkaç saniye, Hz. İsa figürü sanki rahibenin öpücüklerine karşılık veriyormuş gibi görünmekte, bu sahneler sırasında araya Azize Teresa'nın ruhunun tutkulu öpücükleri girmektedir. Son olarak Azize Teresa ellerini Hz. İsa'nın bağlı ellerine götürmekte ve parmaklarını onun parmaklarıyla iç içe geçirmektedir. Bu sırada Hz. İsa figürünün parmaklarının da kadının ellerini tutmak için yukarıya kıvrıldığı görülmekte ve video bu şekilde sona ermektedir. **Wingrove v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 17419/90, 13.09.2005, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2015).**

¹⁰⁵⁸ "Mahkeme 'dine hakaret' suçunun kendi doğası gereği kesin bir yasal tanıma sığdıramayacağını takdir etmektedir. Bu nedenle söz konusu dava ile ilgili vakaların suçun kabul edilen tanımına uygun düşüp düşmediğini değerlendirirken ulusal otoritelere belli bir esneklik tanınmalıdır... Ahlak kuralları veya din kapsamındaki kişisel görüşlerin rencide edilmesi ile ilgili ifade özgürlüğünün düzenlenmesinde taraf devletler daha geniş bir takdir payına sahiptir...İngiliz mahkemeleri tarafından belirtildiği gibi yasalar görüşlerden ziyade görüşlerin savunulduğu şekli kontrol etmeyi amaçlamaktadır. Saldırganlık boyutunu betimlemek için mahkemelerin kullandıkları 'küçümseyici', 'yerici', 'küfürlü', 'alaycı' gibi sıfatlardan anlaşılacağı gibi, dini hassasiyetlere hakaret boyutunun belirgin olması gerekir... İngiliz kanunları çerçevesinde dine hakaret suçunun tanımında belirtilen kutsala saygısızlık kapsamındaki yüksek eşğin korunması ve Devletin bu alandaki takdir payı göz önünde bulundurulursa, atılan adımları meşrulaştırmak için sunulan gerekçelerin hem uygun hem de 10. maddenin 2. paragrafında belirtilen amaçlar doğrultusunda yeterli olduğu görülmüştür. Mahkeme filmi izledikten sonra, ulusal otoriteler tarafından alınan kararlara aşırı ya da keyfi denemeyeceği görüşüne varmıştır."

¹⁰⁵⁹ Söz konusu kitapta, "... Düşünebiliyor musunuz? Temelde bütün inançlar, dinler bir oyunla sahneye kondu. Oyuncular birbirinden habersiz, neyin ne olduğunu bilmeden oynadılar oyunlarını. Bu kör gidişin adına düştü herkes. Kendisine simgesel olarak bağlanan imge tanrı sahneye çıkarılmadı. Perde arkasından konuşuruldu hep. İnsanlarda sayrılı düşlemsel tasarımların boyun eğicileri oldu. Aslı astarı olmayan ipe sapa gelmez öykülerle yıkandı kafalar... İmamları düşünmeden, düşünme yeteneğinden soyutlayan, onları birer ot yığını durumuna sokan... (Hz. İbrahim'in kurban kıssası değerlendirilerek) Bir uydurma olduğu besbelli bu anlatılanların... Tanrı bir sadist mi... Demek peygamber İbrahim'in tanrısı da Muhammed'in tanrısı gibi kıyıcı! Kuran'da çizilen korku, eşitsizlik, tutmazlık üçgeni görmüyor musunuz; bana yer solucanını hatırlatıyor. Tanrı dedi ki bütün sözler Tanrı elçisinin kendi sözleridir. Hatta bu sözlerin bir bölümü Ayşe'nin koynunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı'nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz..." ifadelerine yer verilmiştir. **İ.A. v. Türkiye, Başvuru No: 42571/98, 13.09.2005, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).**

Mahkeme, romandaki bazı ifadeler nedeniyle inanların haksız ve ağır saldırıların hedefi hissedebilecekleri üzerinde durarak, 10 maddenin ihlal edilmemiş olduğuna hükmetmiştir¹⁰⁶⁰.

Tatlav v. Türkiye davasına konu olan olaylar ise, “İslamiyet’in Gerçeği” adlı beş ciltlik eserin yazarı ve aynı zamanda gazeteci olan başvuranın, Kasım 1992’de, “Kur’an ve Din” başlıklı ilk cildi yayımlamasının ardından, 1996 Ekim ayında Kuran’ın eleştirel yorumu ile dokuz bölümde tarihsel çalışmasının yapıldığı 196 sayfalık 5. baskıyı yayımlaması ve savcılığa şikâyetle bulunulmasının ardından, 765 sayılı TCK’nun 175. maddesinin 3. fıkrası gereğince hakkında dava açılması ve mahkûmiyetine hükmedilmesi şeklinde gelişmiştir¹⁰⁶¹.

Söz konusu davada Mahkeme, yukarıda belirttiğimiz kararlarda kullandığı gerekçeleri tekrarlamış ancak eleştiri sınırlarını aşan, kutsal sembollere yönelik bir saldırı bulamamıştır¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ “Din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerekmektedir. İlke olarak, büyük hayranlık ve sevgi duyulan dini hedef alan aşağılayıcı eleştirilerin yaptırımı tabi tutulması gerekli görülebilir... Dini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda, başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmayışı, düşünceyi ifade özgürlüğünün ahlaki ve dini kişisel inanç/kanaatlerin aşağılamaya eğilimli olacak şekilde kullanılmasıyla bağlantılı olarak düzenlenmesi bakımından Sözleşmeli Devletlerin takdir yetkisinin daha geniş olduğu anlamına gelmektedir... Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik unsurları demokratik toplumu meydana getirir. Çoğunluğun içinde yer alan veya azınlık bir dini gruba ait, dini ibadetini yerine getirme serbestisine sahip kişiler her türlü eleştiriden uzak olduklarını düşünemezler. Bunu hoşgörüyle karşılamak ve başkalarının kendi dini inançlarını reddetmelerini ve hatta diğer kimselerin kendi inançlarına değin düşmanca doktrin propagandalarını kabul etmek durumundadırlar. Ancak mevcut dava yalnızca onur kırıcı veya şaşırtıcı yorumlar veya provakatif görüşlerle değil, aynı zamanda Müslümanların peygamberine yapılan küfürle saldırı ile de alakalıdır. Laiklik ilkesine olukça bağlı olan Türk toplumunda dini öğretilerin eleştirilmesi bir derece hoş görüle de inanan insanlar aşağıdaki parçalardan ötürü kendilerini haksız ve ağır saldırıların hedefi hissedebilirler: ‘Hatta bu sözlerin bir bölümü Ayşe’nin koynunda çocukların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz’...”

¹⁰⁶¹ Kitapta, “...İslam, kendine güveni olmayan bir ideolojidir ve bu verilen cezaların acımasızlığında kendini belli etmektedir... Çok küçük yaşlardan itibaren, cennet ve cehennem masalları ile çocuklar şartlandırılmaktadır... O yaşlarda Allah hikâyelerine ihtiyaç yoktur... Çocuğa karşı İslam politikası barbar bir şiddetten oluşmuştur... Bilhassa kendilerine karşı olan her inceleme ve eleştirel özgür düşünce eğilimini baskı altına alan dinler, kendilerine olan güven eksikliğini ortaya koymaktadır... Bütün bu gerçekler Allah’ın var olmadığını somut biçimde ortaya koymakta, bu var olma iddiasının ise, okuryazar olmayan kişilerin hayal ürünü olarak ortaya atıldığı belirlenmektedir... O Allah ki, zina suçuna kaç sopa cezası verileceğini, hırsızın vücudunun hangi organının kesileceğinden, zavallı Ebu Leheb’in perçemine kadar her konuya karışmaktadır... Kendisinden öncekilere benzer olarak ve peygamberliğinin kanıtlanmasını isteyen kişiler önünde sunduğu tamamen saçma ve mantık kurallarına aykırı ayetlerle Muhammet, rüyalarının gerçek olduğunu ileri sürmektedir... İslam’ın kurucusu bazen cihat ilan etmekte, bazen de hoşgörüli bir davranış sergilemektedir. Temel politikasını ise şiddet oluşturmaktadır. Tanrı’nın cenneti, insanlara aristokrat ve asalak bir hayat vadetmektedir... Görülecektir ki Kur’an, insanlar tarafından ticaret, kadın erkek ilişkileri, kölelik ve cezalar üzerine çok daha önce yazılmış kitaplardan daha ilkel, hiçbir derinliği olmayan ve bezdirici tekrarlardan ibaret bir kitaptır.” ifadelerine yer verilmiştir. **Aydın Tatlav v. Türkiye, Başvuru No: 50692/99, 02.05.2006, ENGİNTALAY, Osman, Tatlav/Türkiye Davası, İBD, AIHM Kararları, Cilt: 80, Sayı: 3, 2006, s. 1422 vd.**

¹⁰⁶² Sözleşmeli Devletlerin, şahsi özel manevi konularda veya dini alanda hakaret konusu olabilecek ifade özgürlüğüne sınır getirmeleri konusunda, Avrupa ülkeleri arasında benzer görüşlerin bulunmaması nedeniyle, başkalarının haklarını koruma hususunda bu sınırlamalar için takdir payları genişletilmiştir. Bu durumda bir devlet, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile bağdaşmayan bazı davranış biçimleriyle ilgili olarak bilgi yayılmasının baskı altına alınmasının meşru olduğu kanısına varabilir... Çoğulculuk, hoşgörü ve açılım düşüncesi ‘demokratik bir toplumun’ özellikleridir. Din özgürlüğünü kullanmak

Değınmek ıstedığımız diğer iki dava, *Klein v. Slovakya* ve *Giniewski v. Fransa* davalarıdır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu davalar ilgili oldukları konular bakımından, TCK’nun 216. maddesinin hem 2. ve hem de 3. fıkraları kapsamında değerdendirilebilecek özelliğe sahiptirler. Zira aşıadıa inceleyeceğimiz üzere, davalar kapsamında gelişen olaylar sonucunda başvuranlar, bir grup insanı Hristiyan dinini benimsemelerinden dolayı aşıadılamak/tahkir etmekten dolayı mahkûm olmuş olmakla birlikte, söz konusu davalarda aşıadılama/tahkir niteliğindeki fiiller, kutsal sayılabilecek birer dini değerdere olan Başpiskopos ve Papa’ya yönelmiş olduğundan, biz bu iki davayı TCK’nun 216. maddesinin hem 2. ve hem de 3. fıkraları kapsamında ele almak istiyoruz.

Klein Slovakya davasına ilişkin olaylar, gazeteci ve aynı zamanda film eleştirmeni olan başvuranın, bir Miloş Forman filmi olan “*The People vs. Larry Flynt*”in 1997 yılında sinemalarda yayınlanmadan önce, baş rol oyuncusunun vücudunun alt kısmının Amerikan bayrağıyla sarılmış ve bikini giymiş bir kadının özel bölgesinde çarmıha gerilmiş olarak betimlendiği poster hakkında Slovakya’da ortaya çıkan tartışmalar üzerine, politik, ekonomik, felsefi, doğa bilimleri ve kültür makaleleri yayımlayan Domino Efekt isimli bir dergide yazdığı ve başpiskoposu eleştiren makalenin yayınlanması ve para cezasına mahkum edilmesi şeklinde gelişmiştir. Zira başpiskopos bir televizyon yayınında, filme ve filmin posterine, dini tahkir ve cinsel çağrışımlar içerdıği gerekçesiyle ölçülü bir takım tedbirlerin uygulanması gerektiği fikrini savunmuştur¹⁰⁶³.

Mahkeme, Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında koruma altına alınan hakların barışçıl bir biçimde kullanılmasının sağlanması bakımından kutsal değerdere ve başkalarına yönelen sebepsiz ve saygısız ifadelerin sınırlandırılabilieceğine değerdindikten sonra, davaya konu ifadelerin, inananların din özgürlüğüne ilişkin hakların kullanılmasını engelleyecek mahiyette olmadığına hükmetmiştir¹⁰⁶⁴.

isteyenler, azınlık veya çoğunluk olmalarına bakılmaksızın, bunu yaparken her tür eleştiriden korunmuş olduklarını da mantıklı olarak bekleyemezler. Dini inançlarının başkaları tarafından reddedilmesi olgusuna katlanmak ve hatta başkalarının kendi inançlarına muhalif görüşlerini kabul etmek durumundadırlar... Bununla birlikte, ihtilaf konusu terimlerde Divan, inananların doğrudan doğruya şahıslarını hedef alan bir anlatım biçimi görmemektedir; özellikle Müslümanların kitabı okuduklarında bir miktar alaycı yorumlarla rahatsız olabileceklerini düşünmüş, ancak kutsal sembollerine hakaret eden bir saldırı bulmamıştır.”

¹⁰⁶³ **Klein v. Slovakia, Başvuru No: 72208/01, 31.09.2006**, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).

¹⁰⁶⁴ “...başvuranın aşıadılayıcı nitelikteki ifadeleri, Slovakya Katolik Kilisesi’nin en yüksek temsilcisi sıfatına sahip olan kimseye yöneliktir. Slovakya Yargı Makamlarının aksine Mahkeme, söz konusu ifadelerin, bir grup insanı Katolik inancını benimsemelerinden dolayı itibarsızlaştırıldığı ve küçümsendiği hususunda ikna olmamıştır... Başvuranın makalesi, inananların dinlerini ifade etme veya ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmemiş, onların dini inançlarının mahiyetlerini yermemiştir.”

Giniewski v. Fransa davasına ilişkin olaylar ise, Avusturyalı tarihçi ve sosyolog Giniewski'nin 1994 yılında bir Fransız gazetesinde, John Paul II'nin 1993 yılında yazdığı “*Hakikatin İhtişamı*” tamimine ilişkin olarak yazdığı makalede, Vatikan'ı ve Papa'yı Yahudi karşıtı olmak ve Yahudi Soykırımı'ndan (Holocaust) bir ölçüde sorumlu olmakla suçlaması ve bunun üzerine Fransız ve Hristiyan Kimliklerine Saygı Sağlanması ve Irkçılık Karşıtı Birliğin (AGRIF) başvurusu üzerine, Katoliklerin hatta Hristiyanların nazi katliamından sorumlu olduklarının ifade edildiği bu makalede Hristiyanların dini inançları nedeniyle hakaret suçunun mağduru oldukları iddiası bakımından ceza davasından beraat etmesi ve fakat özel hukuk davasında temsili olarak bir frank tazminata hükmedilmesi ve mahkemenin kararının ulusal bir gazetede yayımlanmasına karar verilmesi şeklinde gelişmiştir. Yazara göre, Papa'nın yazdığı tamimde belirttiği, eski Ahit'in yeni Ahitle tamamlanması ve yenisine üstünlük tanınması doktrini, Jules Isaac tarafından çok önceden Yahudi aleyhtarlığının gelişiminin bir unsuru olarak ortaya konulduğu üzere, Yahudileri küçümseme/aşağılama öğretisini yayan bir doktrindir. Bu nedenle söz konusu doktrin, Yahudi aleyhtarlığına neden olmakla birlikte Auschwitz fikri ve uygulamalarının tohumu olmuştur¹⁰⁶⁵. İHAM ise, davaya konu olan ifadelerin, kırııcı, şok veya rahatsız edici nitelikte olsa da dinsel inançlara saldırı, aşağılama ya da nefrete tahrik mahiyeti taşımadığına hükmetmiştir.

Bir diğer dava *Mouvement Raëlien Suisse v. İsveç* davasıdır¹⁰⁶⁶. Belirtmek gerekir ki söz konusu davada İHAM, Sözleşme'nin 9. maddesi ve dine tahkir ya da saldırı bakımından herhangi bir değerlendirmeye yer vermemiştir. Ancak, İsveç Federal Mahkemesi'nin dava konusu olaylar bakımından çeşitli değerlendirmeleri olmuş, bu değerlendirmeler İHAM kararında değil, muhalefet şerhlerinde yer almıştır. Bu anlamda konumuzla ilgisi nedeniyle söz konusu karara yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Söz konusu davada başvuran, kar amacı gütmeyen ve 1977 yılında Rennaz kantonunda kurulmuş bir dernektir. Söz konusu dernek, Cenevre'de bulunan ve Vorilhon Vorilhon tarafından kurulan Raelian Hareketinin ulusal bir şubesi olup, kuruluş yasasına göre amacı, dünya dışı varlıklarla (uzaklı varlıklar) ilk iletişimi sağlamak ve onlarla iyi ilişkiler kurmaktır.

¹⁰⁶⁵ *Giniewski v. Fransa*, Başvuru No: 64016/00, 31.01.2006, , <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).

¹⁰⁶⁶ *Mouvement Raëlien Suisse v. İsveç*, Başvuru No: 16354/06, 13.07.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 19.11.2015),

7 Mart 2001 tarihinde dernek, 2 ve 13 Nisan 2001 tarihleri arasında bir poster kampanyası yürütmek üzere, Neuchâtel şehri polis idaresinden izin istemiş ancak söz konusu talep, kurumun kamu düzeni ve ahlakına aykırı faaliyetler içinde olması gerekçesiyle reddedilmiştir. Söz konusu posterde, “*Dünya Dışı Varlıklardan Mesaj*” ibaresiyle birlikte derneğin internet adresi, telefon numarası, bir piramit şekliyle uzaylı varlıkların yüzünü ve aynı zamanda bir uçan daire ve dünyanın uzaydan görünümünü gösteren bir resim ve “*Bilim En Sonunda Dinin Yerini Alıyor*” ibaresine yer verilmiştir.

Polis İdaresi’nin talebi reddetmesinin ardından, bu ret kararına ilişkin çeşitli iç hukuk yollarına başvurulmuş ve konu en nihayetinde Federal Mahkeme’nin önüne gelmiştir. Federal Mahkeme, iç hukukta diğer mahkemeler tarafından verilen karar ve gerekçeler ile derneğin web sitesinde yazılan yazılara değinmiş, söz konusu derneğin faaliyetlerinin kamu düzeni ve ahlaka aykırılığını, derneğin doktrinlerinin insan klonlamayı, çocuklara verilecek cinsel eğitimin teoride değil uygulamalı olarak verilmesi gerektiği (çocukların cinsel istismarı) ve çağdaş demokrasileri eleştirerek politik gücün en zeki bireylere verilmesi gerektiği düşüncelerine dayanması ile açıklamıştır. Kaldı ki yerel yargılama makamlarının kararları da, söz konusu doktrinin liderleri tarafından çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlendiğini göstermektedir.

Konumuzla ilgili olan kısım ise Federal Mahkeme’nin posterdeki hiçbir ibarenin kanuna aykırı ya da kamuya saldırı eğilimi olan her hangi bir ibareye yer verildiğini tespit etmesiyle beraber, “*Bilim En Sonunda Dinin Yerini Alıyor*” ibaresinin bazı insanların dini duygularına saldırı teşkil etmeye elverişli olabileceğini fakat bunun sadece derneğin kendi doktrinin açıklamak bakımından kullandığı bir ibare olması nedeniyle provakatif sayılamayacağını ifade etmiş olmasıdır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi İHAM kararında bu konuda herhangi bir değerlendirmeye yer vermemiştir. Zira Mahkeme söz konusu olayları, insan klonlama ve çocukların cinsel istismarı gibi konularda suçun önlenmesi, kamu düzeni ve ahlakının korunması kapsamında üye devletlerin takdir yetkisine değinerek değerlendirmiştir.

Hakim Pinto De Albuquerque ise muhalif görüşünde, posterdeki “*Bilim En Sonunda Dinin Yerini Alıyor*” ibaresini orantılılık bakımından değerlendirmiştir. Hâkim Albuquerque, İsveç Federal Mahkemesi’nin, posterde yer alan ibarenin tabiatı gereği provakatif olmadığı ancak İsveç halkının bir kısmı tarafından saldırgan/tahkir niteliğinde algılanabileceği yönündeki görüşünü, Sözleşme’nin bir dini inanca sahip olup olmamak ya

da bu inancın gerektirdiği ibadet ya da uygulamaları gerçekleştirip gerçekleştirilmeme özgürlüğünü kapsamına alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında eleştirmiştir. Zira hâkim Albuquerque'e göre devlet, çoğunluğun dini duygularına saygı kisvesi altında agnostikler, ateistler ve şüpheciler de dâhil olmak üzere hiçbir inanç sahibinin özgür iletişim/haberleşme hakkını keyfi bir biçimde sınırlayamaz. Söz konusu ifade, kişi ve kurumlara karşı kasıtlı hakaret, bir dini topluluğa karşı nefretin teşvik edilmesi gibi nefret söylemleri ya da bir dinin doktrinlerinin ya da tanrısının kasıtlı olarak kötülenmesi içermedikçe dinin, kilisenin, dini kurumların ve dini bir sınıfın (Ruhban sınıfı) eleştirilmesi ifade özgürlüğü kapsamındadır. Zira dini bir değerın eleştirilmesiyle tahkir edilmesi arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Bu çizginin belirlenmesinde Mahkeme, düşünceyi ifade özgürlüğünün din özgürlüğünden daha öncelikli olduğu sivil özgürlükçü bir doktrinden ve kamusal alanda düşüncelerin ifade edilmesinin çoğunluğun dini duygularını göz önüne alarak düzenleyen sınırsız bir güce boyun eğilmesine karşı olarak, devlet merkezli yaklaşımdan uzak bir bakışla yola çıkmaktadır. Her iki hak bakımından da hoşgörü ruhuna aykırı aşırı ifadeler demokratik bir toplumla uyumlu değildir. Bu görüşler kapsamında ise, söz konusu posterin hakaret, nefret söylemi ya da dini değerlere hakaret içermemesi nedeniyle yasaklanması orantılı değildir.

d. Değerlendirme

Yukarıda incelediğimiz kararlar kapsamında İHAM'nin, bir dinin ya da dini değerın aşağılanması/tahkiri hususunda tartışmaya mahal vermeyecek ölçüde ve üye devletlere yol gösterici nitelikte kıstaslar oluşturabildiğini ifade etmek zor görünmektedir. Zira Mahkeme, bir yandan ifade edilen düşüncelerin sert, kırıncı ya da şok edici olmasının düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli olmadığını hemen hemen tüm kararlarında ifade ederken, diğer yandan kullanılan bu sert ve kırıncı olduğunu kabul ettiği kelimelere çok fazla ağırlık vermekte, ifade edilen görüş ya da düşüncelerin genel olarak kullanıldığı bağlama ve bunların olası etkilerine yeterli önemi vermemektedir. Nitekim yukarıda değinilen kararlar kapsamında Mahkeme, ne tür ifadelerin “aşağılama” ya da “tahkir” niteliğinde olduğuna açıklık getirmemekle beraber “saygısızlık”, “küfürlü saldırı”, “ciddi saldırı”, “saldırı”, “başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemler”, “hoşgörü sınırlarını aşan söylemler” ya da Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında korunan hakların “barışçıl” bir şekilde kullanılmasının sağlanması kıstaslarını göz önünde bulundurmıştır.

Diğer yandan Wingrove v. Birleşik Krallık davasında Mahkeme, “İngiltere’de geçerli olan dine hakaret kanununun, hangi şekilde olursa olsun, Hristiyan inancına yönelik saldırgan görüşlerin ifade edilmesinin yasaklanmadığını göz önünde bulundurmaktadır. İngiliz mahkemeleri tarafından belirtildiği gibi yasalar görüşlerden ziyade görüşlerin savunulduğu şekli kontrol etmeyi amaçlamaktadır. Saldırganlık boyutunu betimlemek için mahkemelerin kullandıkları ‘küçümseyici’, ‘yerici’, ‘küfürlü’, ‘alaycı’ gibi sıfatlardan anlaşılacağı gibi, dini hassasiyetlere hakaret boyutunun belirgin olması gerekir.” şeklinde ibarelere yer vermek suretiyle, bir dinin ya da dini değerın aşağılanması/tahkir edilmesinin, somut olayda kullanılan ifadelerin “küçümseyici”, “yerici”, “küfürlü”, “alaycı” olmasına bağlı olduğunu ifade etmiş olmaktadır. Tüm bu kapsamda ise Mahkeme’nin, “aşağılama” ya da “tahkir” fiilleri bakımından oldukça sübjektif ve geniş bir alan yaratmış olduğunu söylemek mümkündür. Zaten Mahkeme bu hususu dolaylı da olsa kabul etmektedir. Zira İHAM’ne göre, tek bir ülke içinde bile değişkenlik gösteren ahlak kavramı gibi din kavramı bakımından da Avrupa’nın her yerinde dinin toplum içindeki önemi konusunda bir fikir birliği bulunması mümkün olmayıp, doğrudan başkalarının dini duygularına yönelen hangi nitelikteki açıklamaların yasaklanabileceğine ilişkin ortak bir tanım yapmak da mümkün değildir. O halde böyle bir müdahalenin gerekliliğinin varlığının ve alanının değerlendirilmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir hakkı payı tanınmalıdır.

Mahkeme’nin konuyu bu kadar dar ele alıp, üye devletlerin takdir yetkisine bu denli geniş bir alan yaratmasını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Elbette Mahkeme, yerel yargılama makamları kadar söz konusu ülkenin koşullarına hâkim olmamakla birlikte, bu konuda daha objektif kıstaslar yaratması gereken bir konumdur. Zira din özgürlüğüne ilişkin konular her ne kadar flu bir alanda kalsa da düşüncüyü ifade özgürlüğünün kapsamı neredeyse evrenselleşmiş bir konumdur.

Buna göre,

1) Sözleşme’nin 9. maddesinde dini duyguların koruma altına alınmış olduğu fikri kanaatimizce hukuki bir gerekçe oluşturacak nitelikte değildir. Zira eğer Sözleşme’nin 9. maddesinin bizatihi dini duyguları değil de bir dini inanca sahip olma, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğü şeklinde ortaya çıkan din özgürlüğünü herhangi bir baskı, tehdit yahut şiddet uygulanmaksızın kullanmak hakkını koruduğunu kabul edersek, din özgürlüğünün kullanılmasını engelleyen

yahut bu hakkın kullanılmasını zorlaştıran fiillerin, din özgürlüğünü ihlal ettiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu anlamda kanaatimizce, dini değerlerin aşağılanması/tahkir edilmesi niteliğindeki fiillerin yaptırıma tabi tutulmasının, bizatihi “*dini duygulara karşı yönelen saygısız saldırıda bulunulması*” veya “*dini duyguların incitilmesi*” hususlarıyla gerekçelendirilememesi gerekmektedir. Zira Sözleşme’nin 9. maddesi herhangi bir kimse ya da topluluğun dini duygularını değil, din özgürlüğünün beraberinde getirdiği hakların kullanılmasını korumaktadır. Bir dinin ya da dini değerin tahkir edilmesi ise, en azından ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulmasının gerekliliği bakımından tek başına, bir dini inanca sahip olma, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü engelleyecek ya da zorlaştıracabilecek elverişlilikte değildir.

2) Bu nedenle, Mahkeme’nin kararlarında değindiği bir başka gerekçeyi göz önünde bulundurmak gerekmektedir. İHAM, bir dinin ya da dini değerlerin aşağılanması/tahkiri konusundaki davaların hemen hepsinde, Sözleşme’nin 9. maddesinde kullanılan hakların barışçıl bir biçimde kullanılmasının sağlanması bakımından kutsal değerlere ve başkalarına yönelen sebepsiz ve saygısız ifadelerin sınırlandırılabilmesine değinmektedir. Kanaatimizce İHAM burada, söz konusu ifadelerin neden sınırlandırıldığına ilişkin bir ipucu vermekte ve sınırlandırma nedeni bakımından kamu barışının/kamu düzeninin bozulması ihtimaline işaret etmektedir. Ancak bu hususta, açık ve yakın tehlike teorisi bakımından İHAM kararlarını değerlendirdiğimiz kısımda değindiğimiz “*şiddete tahrik*” bakımından geliştirdiği kıstaslardan çok daha belirsiz değerlendirmeler yapmakta, doğrudan hak sahiplerine değil de bir din ya da dini değere yönelik aşağılama/tahkir niteliğindeki fiillerin ne seviyede ve ne şekilde bu hakların barışçıl kullanımını etkileyeceğine değinmemektedir.

Örneğin Otto-Preminger v. Avusturya davasında Mahkeme, somut olayda uygulanan tedbirlerin, “*haklı infial*” yaratmaya “*eğilimli*” biçimde, dinen kutsal sayılan nesnelere karşı yapılan davranışları bastırma amacı olan Av.CK’nun 188. maddesine dayandığına ve bu tedbirlerin amacının, bazı vatandaşların dini duyguları nedeniyle aşağılanmaktan korunması olduğunu açıklamıştır.

İ.A v. Türkiye davasında ise, dini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda, başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmayışının, düşünceyi ifade özgürlüğünün ahlaki ve dini

kişisel inanç/kanaatlerin aşağılamaya “eğilimli” olacak şekilde kullanılmasıyla bağlantılı olarak düzenlenmesi bakımından üye devletlerin takdir yetkisinin daha geniş olduğunu ifade etmiştir.

Bu anlamda Mahkeme, kamu barışının bozulması bakımından elverişli olan değil eğilimli ifadeleri göz önünde bulundurmakta, hatta bazen İ.A v. Türkiye davasında olduğu üzere, “aşağılamaya eğilimli” olmasına dayanmaktadır.

Kanaatimizce, doğrudan bir kimse ya da topluluğa, o kimse ya da topluluğun benimsediği dini inanç yahut inançsızlık nedeniyle yönelmeyen, bilakis bir dine ya da dini değere yönelen ve doğrudan şahıs ya da şahısları hedef almayan, bu anlamda söz konusu din ya da dini değeri benimseyen ya da kutsallık atfeden kişi ya da topluluklar üzerinde dolaylı bir etkisi olan bu fiiller bakımından İHAM, oldukça geniş bir alan çizmiştir. Zira Mahkeme söz konusu davalarda, somut olayda fail tarafından kullanılan ifadenin ortaya çıkarabileceği neticelerden (zarar/tehlike) çok, failin kullandığı ifadelerin içeriği ve niteliğini göz önünde bulundurmuştur. Söz konusu yaklaşım ise, kamu barışının bozulması olasılığını dahi değil, kamu barışının bozulması olasılığını yaratmaya eğilimli (aşağılamaya eğilimli) fiillerin sınırlandırılmasını gerektiren bir yaklaşım ortaya çıkarmıştır. Bu yaklaşım ise, ceza hukuku terminolojisi bakımından, soyut tehlike suçu kapsamında dahi değerlendirilemeyecek bir yaklaşımdır. Bizatihi, bir dinin ya da dini değerın aşağılanması/tahkir edilmesi, mağdur olarak kabul edilen kişi ya da topluluğun tartışmasız bir şekilde zarara uğradığının kabul edilmesi anlamına gelmektedir.

Nitekim Mahkeme’nin Otto-Preminger v. Avusturya davasında kullandığı, “*dinen kutsal sayılan değerlerin provakatif bir biçimde temsil edilmesi dolayısıyla ihlal edilmiş görülebilir; bu tür kışkırtıcı temsiller demokratik toplumun bir unsuru olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli biçimde ihlali olarak da değerlendirilebilir... Avusturya resmi makamları, filmi toplatmak suretiyle, o bölgedeki dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini inançlarına karşı mazur görülemez ve mütecaviz biçimde yapılan saldırıların nesnesi oldukları kanısına kapılmalarını engellemek amacıyla hareket etmişlerdir*” ifadeleri, hem bazı insanların bizatihi kendilerine yönelik olmayan bir fiil nedeniyle, ne şekilde, yapılan saldırıların nesnesi oldukları kanısına kapılacakları hususu bakımından hem de söz konusu davanın konusu olan filmin, neye kışkırtığının belirsiz olması bakımından eleştiriye açık görünmektedir. Zira Mahkeme bu hususu, yukarıda incelediğimiz her bir dava açısından, ne kişi bağımsızlığı ve onurunun zedelenmesi ve

şiddetten ve dışlanmadan korunma hakkı ne bu fiillerin yöneldiği kişi ya da topluluğun duyduğu korku, endişe ve öfkenin onları, faillerin dâhil olduklarını düşündükleri gruba yöneltmek suretiyle kamusal bir zararın ortaya çıkması ihtimalinin olması ne de güvenlik ya da mülkiyet hakkının ihlal edilmesi gibi nedenlerle gerekçelendirmektedir.

Tatlav v. Türkiye davasında (2006) Mahkeme, “*Bununla birlikte, ihtilaf konusu terimlerde Divan, inananların doğrudan doğruya şahıslarını hedef alan bir anlatım biçimi görmemektedir; özellikle Müslümanların kitabı okuduklarında bir miktar alaycı yorumlarla rahatsız olabileceklerini düşünmüş, ancak kutsal sembollerine hakaret eden bir saldırı bulmamıştır*” ifadeleriyle, somut olayda altını ısrarla çizdiğimiz hususa bir başka ifadeyle, bir kimse ya da topluluğa benimsedikleri din ya da inanç nedeniyle doğrudan yönelen bir fiilin olmadığı hususuna değinmiştir. Ancak bir yıl önce hükme bağladığı İ.A. v. Türkiye davasında (2005) da doğrudan doğruya şahısları değil Hazreti Muhammed’e yönelik bir takım aşağılayıcı/tahkir niteliğinde ifade şekilleri olmasına rağmen, kullanılan ifadelerin içeriğine ağırlık vermek suretiyle inanan insanların kitapta kullanılan bazı ifade biçimlerinden ötürü¹⁰⁶⁷ kendilerini haksız ve ağır saldırıların hedefi hissedebilecekleri kanaatine varmıştır. Klein v. Slovakya davasında (2006) ise, Slovakya Katolik Kilisesi’nin en yüksek temsilcisine (Başpiskopos) yönelik aşağılama/tahkir niteliğindeki ifadelerin, doğrudan başpiskoposa yönelmesi nedeniyle bir grup insanın Katolik inancını benimsemelerinden dolayı itibarsızlaştırıldığı ve küçümsendiği hususunda ikna olmamış, başvuranın makalesinin, inananların dinlerini ifade etme veya ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmediğine ve onların dini inançlarının mahiyetlerini yermediğine değinmiştir. Bu anlamda Mahkeme, Başpiskopos hakkında açıklanan düşünceleri, bir dinin ya da dini değerın aşağılanması/tahkir edilmesi olarak da görmemiştir.

Diğer yandan Wingrove v. Birleşik Krallık davasında saldırganlık boyutunun betimlenmesinde kullanılan “*küçümseyici*”, “*yerici*”, “*küfür*”, “*alaycı*” gibi sıfatlardan “*alaycı*” sıfatını, bir sene sonra karara bağladığı Tatlav v. Türkiye davasında “*aşağılama/tahkir*” kapsamından çıkartmıştır.

¹⁰⁶⁷ “Hatta bu sözlerin bir bölümü Ayşe’nin koynunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz.”

3) Diğer bir husus, İHAM'ın, bazı kararlarında ifadelerin kullanıldığı yer ve yayılma genişliğini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yaptığı görülmekteyken, benzer bazı davalarda bu nitelikte bir değerlendirme yapmadığıdır.

Örneğin Mahkeme, Otto Preminger Institut v. Avusturya davasında, filme getirilen yaş (+17) ve ücret sınırı ile filmin ancak isteyen kişiler tarafından sinemaya gitmek suretiyle izlenebileceği ve kimsenin filmi izlemek zorunda olmamasından ziyade filmin geniş çapta duyurulmuş olmasını göz önünde bulundurmıştır. Wingrove v. Birleşik Krallık davasında ise, *“...Filmin içeriği hakkında uyarılar içeren bir videokaset kutusunda dağıtılması da yukarıda bahsedilen farklı yayılma şekilleri (kiralama, ödünç verme vb.) göz önünde bulundurulduğunda sınırlı bir koruma sağlayacaktır. Buna karşın, toplumu koruma işlevi esnasında karşılaşılabilecek zorluklar göz önüne alındığında, burada da ulusal otoriteler böyle bir videonun toplum üzerindeki olası etkisi hakkında bir değerlendirme yaparken Avrupa Mahkemesinden daha iyi bir konum içerisinde.”* ifadelerine yer vermiştir.

Klein v. Slovakya davasında da (2006) Mahkeme, dava konusu makalenin, herkesin sevmesi ya da anlaması mümkün olmayan söz konusu filme ilişkin edebi espri niteliğindeki düşünce ve çağrışımları ihtiva etmesini ve bu makalenin hedef kitlesinin entelektüel odaklı okuyucular olan haftalık bir dergide sekiz bin adet basılmak suretiyle yayımlanmasını göz önünde bulundurmuşken, İ.A. v. Türkiye davasında (2005), dava konusu ifadelerin bir roman içerisinde yer alması hususunu hiç değerlendirmemiştir. Söz konusu konuya ilişkin değerlendirmeler, hakim Costa, Cabral Bareto ve Jungwördt'in müşterek muhalefet şerhinde yer almıştır. Adı geçen hâkimlere göre, *“Mevcut davada yayınevi yöneticisi olan başvuran, 1993 yılında bu romanın 2000 kopyasını basmıştır. Mahkemeye ibraz edilen kanıtlar, kitabın ikinci basımı olmadığı da dikkate alındığında, oldukça az bir kişinin gerçekten bu kitabı okuduğunu göstermemektedir. Ayrıca, yazarın ifadelerinin toplum üzerindeki sınırlı objektif etkisi, ulusal makamlar tarafından dikkate alınmamıştır.”*

Tatlav v. Türkiye (2006) ve Giniewski v. Fransa (2006) davalarında da benzer şekilde ifadelerin kullanıldığı yer ve yayılma genişliği Mahkeme'nin gerekçeleri içerisinde yer almamıştır.

4) Tüm bu değerlendirmeler kapsamında, bir dinin veya dini değerın aşığılanması/tahkir edilmesi fiilleri bakımından İHAM'nin önüne gelen çok az sayıda dava

olduğunu ve Mahkeme'nin bu davalarda oldukça belirsiz ve istikrarsız değerlendirmelerde bulunduğunu yinelemek gerekmektedir. Zira bu kapsamda kanaatimizce İHAM, din özgürlüğünden kaynaklı hakların barış ortamı içerisinde kullanılmasını, başkalarının haklarının korunması kapsamında oldukça dar bir şekilde yorumlamakta ve ifade edilen düşüncenin, “*dini duyguların incitilmesi*” ya da “*dini duygulara karşı yönelen saygısız saldırıda bulunulması*”nı kamu barışını/kamu düzenini bozması eğilimi nedeniyle, sınırlandırabilmesine neden olabilecek gerekçeler üretebilmektedir. TCK'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Halkın Bir Kesiminin Alenen Aşağılanması Suçu*” niteliğindeki fiiller bakımından bu yaklaşım, temelinde insan onurunun korunması gibi bir gerekçe olması nedeniyle anlaşılabilir olsa da konumuz kapsamındaki dolaylı “*aşağılama/tahkir*” fiillerinin, salt incitici yahut saygı sınırlarını aşan özelliği nedeniyle kamu barışını/kamu düzenini bozabileceği görüşünü kabul etmek olanaklı görünmemektedir. Mahkeme'nin *Tatlav v. Türkiye* ve *Giniewski v. Fransa* davalarında, ulaştığı kanaatler bakımından daha özgürlükçü bir alan çizdiği görülmekteyse de bu özgürlükçü yaklaşım, hukuki gerekçeleri bakımından “*belirlilik*” özelliği göstermemektedir. Bu anlamda örneğin, işlediği fiil karşılığında ceza yaptırımı ile karşılaşan başvuranın Sözleşme'ye aykırılık iddiasını değerlendirdiği *Tatlav v. Türkiye* davasında Mahkeme, çatışan menfaatlerin bir yandan başvuranın din konusundaki düşüncelerini topluma iletmesi, bir yandan ise diğer kişilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine saygının gözetilerek bu özgürlükler arasında bir denge kurulması gerekliliği nedeniyle Sözleşme'nin 10/2. maddesi anlamında kamu düzeninin, başkalarının haklarının ve ahlaki değerlerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilmesine değinmiş ancak bir dinin ya da dini değerın aşağılanması/tahkirinin kamu düzeni/kamu barışıyla olan ilişkisine değinmemiştir. Aynı husus İ. A. v. Türkiye ve diğer davalar için de geçerlidir. Mahkeme, kamu düzeninin/kamu barışının korunması meşru amacı ile gerçekleştirilen müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı tartışmasına yer vermemekte, söz konusu fiilin ceza hukuku araçlarıyla karşılanması gerektirecek kadar nasıl bir zorunlu sosyal ihtiyaca yol açtığını ya da açabileceğini, ceza hukuku terminolojisiyle ifade edecek olursak, kamu düzeni bakımından nasıl bir tehlike yarattığını değerlendirmemektedir. Zira Mahkeme gerekçelerini hukuki bir temelden ziyade, “*demokrasi*” gibi politik ve felsefi bir temele oturtmaktadır.

2. Netice

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde belirttiğimiz üzere, suçun unsurlarından netice bakımından kanaatimiz, suçun oluşabilmesi için kanun koyucunun ortaya çıkabilecek bu neticelere ceza hukuku anlamında bir değer yüklemesi, suç tipinde gösterdiği fiilden ayrı bir neticeyi unsur olarak suç tipinde öngörmesi gerektirir. Şu halde biz, neticeyi, hareketten ayrı olarak ele almakta ve neticesiz suçların da olabileceğini kabul etmekteyiz.

Bu bilgiler ışığında, dini değerleri alenen aşağılama suçunun neticesiz bir suç olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira kanun koyucu, suçun oluşması bakımından hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesini aramamıştır. Bu anlamda suçun tamamlanması için, aşağılama neticesinde ayrıca psikolojik olarak kin ve nefret duygularının oluşması veyahut kamu barışının bozulması aranmaz; hareketin yapılmasıyla birlikte suç oluşur.

3. Fail

5237 sayılı TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında fail, "*Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi*" olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda suçun faili, madde metninde belirtilen aşağılama fiilini işleyen herkes olabilir. Bir başka ifadeyle fail, kamu görevlisi sıfatına sahip olan ya da olmayan herhangi bir kişi olabilir. Bu kapsamda, dini değerleri aşağılama suçunun failinin kamu görevlisi olması, cezanın artırılmasına neden olan bir nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Ancak koşulları var ise, TCK'nun 266. maddesinde yer alan "*Kamu Görevine Ait Araç ve Gereçleri Suçta Kullanma*" suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür¹⁰⁶⁸.

Dini değerleri aşağılama suçunun failinin, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri olması halinde ise, cezanın artırılması mümkündür. Zira TCK'nun "*Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma*" başlıklı 219. maddesinin 4. fıkrasında, "*Bunlardan biri dini sıfatından istifade ederek, birinci fıkrafta yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı olan ceza ile mahkûm olur.*" hükmüne yer verilmiştir.

Suçun faili tek bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kimse de olabilir. Failin birden fazla olması durumunda sorumluluk, iştirak kurallarına göre belirlenecektir. Suçun basın ve

¹⁰⁶⁸ ARTUK/ALŞAHİN, s. 1000.

yayın yoluyla işlenmesi halinde ise, daha önce halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda incelediğimiz üzere sorumluluk, ilgili kanun hükümlerine ve bu kanunların benimsediği sorumluluk sistemine göre çözülecektir¹⁰⁶⁹.

4. Mağdur

Suçun mağduru, benimsediği dini değerleri aşağılanan halk kesimidir. Bu nedenle, suçun oluşabilmesi, aşağılamanın, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler hedef alınmak suretiyle işlenmesine bağlıdır¹⁰⁷⁰.

Halk ve halkın bir kesimi kavramlarına 216. maddenin 1. fıkrası kapsamında yer verdiğimizden, burada ayrıca değinmek istemiyoruz. Ancak dikkat çekmek istediğimiz husus, sadece belli kişiler tarafından benimsenen ve halkın bir kesimi olarak nitelendirilemeyecek nicelikte toplulukların TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. Böyle bir olasılıkta, koşulları varsa TCK'nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçuna ilişkin hükümlere başvurulabilmesi mümkün olacaktır.

Diğer bir husus, TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında, doğrudan bir dini değerın aşağılanması suretiyle bir halk kesiminin mağdur olmasıdır. Bir başka ifadeyle burada din farklılığına dayanarak bir halk kesiminin aşağılanması değil, benimsenen bir dini inanca göre “değer” olarak kabul edilen maddi ya da manevi bir varlık, nesne yahut şeyin aşağılanması söz konusudur. Bu nedenle suçun faili ile mağdurunun, mutlaka halkın din bakımından farklı kesimlerine mensup olmalarına da gerek yoktur. Kişinin, kendi inandığı değerleri aşağılaması halinde de dini değerleri aşağılama suçunun oluşması mümkündür¹⁰⁷¹.

5. Konu

a. Dini Değer Kavramı

Dini değerleri aşağılama suçunu konusu, “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler*”dir; zira burada, aşağılama fiilinin yöneldiği şey, “*dini değerler*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁰⁶⁹ Söz konusu açıklamalar için bkz. s.261 vd.

¹⁰⁷⁰ ARTUK/ALŞAHİN, s. 1000.

¹⁰⁷¹ ARTUK/ALŞAHİN, s. 1000.

Din sözlükte, Tanrı'ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, bu nitelikteki inançları kurallar, kurumlar, töreler ve semboller biçiminde toplayan, sağlayan düzen, inanılıp çok bağlanılan düşünce, inanç veya ülkü, kült, diyanet olarak tanımlanmıştır¹⁰⁷².

Sosyolojik açıdan din ise, tanrı ya da tanrılara inançtan ziyade “*kutsal*” fikrine dayalı olan ve müminleri bir sosyo-dinsel topluluk içinde birleştiren bir inançlar, semboller ve pratikler (örneğin ritüeller) kümesi olarak tanımlansa da¹⁰⁷³ karşılıklı olarak birbirini dışlayan birçok din tanımının olduğunu ifade etmek gerekmektedir¹⁰⁷⁴.

Değer kavramı ise, sözlük anlamı olarak, bir şeyin önemini belirlemeye yarayan soyut ölçü, bir şeyin değdiği karşılık, kıymet olarak ifade edilmiştir¹⁰⁷⁵.

Dini değer doktrinde, “*inanç sistemi, dini büyükler, ibadet yeri ve şekilleri gibi o inancı temsil eden ve inananlarca dini kıymet atfedilen her türlü şey*” olarak tanımlanmıştır¹⁰⁷⁶.

Bu anlamda, İslam dinini benimseyenler bakımından, oruç tutma, kurban kesme ya da hacca gitme gibi o inancı temsil eden kıymetler, dini değer sayılabileceği gibi, Hristiyanlık, Musevilik ya da diğer bir dini inanış tarafından kıymet atfedilen değerler, o dine ait yapılar yahut ibadethaneler dini değer olarak kabul edilebilecektir¹⁰⁷⁷.

Dini değer kavramı, dini sembol kavramından farklı bir anlam taşımaktadır. Nitekim sembol, simge, duyularla ifade edilemeyen bir şeyi belirten somut nesne veya işaret anlamına gelmektedir. Dini sembol ise, “*bir dini simgeleyen, o dine atfedilen değerleri somutlaştıran, bu dini değerlerin dışa vurulmasını sağlayan nesne ya da işaretler*” olarak tanımlanabilir. Dini değer kavramının, dini sembol kavramından daha geniş ve onu kapsayan bir niteliği olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira dini değer, mutlaka bir nesne ya da işaret ile somutlaşması zorunlu değildir. Bu değer, o dini temsil eden ve ibadet edilmesini sağlayan bir nesne, ibadet yeri olabileceği gibi dini şahsiyetler, o dinin yerine getirilmesini zorunlu/gerekli kıldığı kurallar, yerine getirilmesi ödevini yüklediği ritüeller yahut var olduğuna inanılan ve kıymet atfedilen soyut mevzu ve düşünceleri de ihtiva edebilir.

¹⁰⁷² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

¹⁰⁷³ MARSHALL, Çev. AKINBAY/KÖMÜRCÜ, s. 156, DÖNMEZER, Sosyoloji, s. 254.

¹⁰⁷⁴ KURT, s. 81, Farklı din tanımları için ayrıca bakınız s. 142 vd.

¹⁰⁷⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

¹⁰⁷⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6075, ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 997.

¹⁰⁷⁷ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 998.

Bu anlamda, dini sembol kavramının, dini değer kapsamında değerlendirilebilecek bir kavram olduğunu ifade etmek mümkün olmakla birlikte dikkat edilmesi gereken husus, inceleme konumuz açısından suçun oluşabilmesinin bu sembol ya da değerın “*dini*” nitelikte olmasına bağılı olduğudur. Zira İHAM kararlarına da zaman zaman konu olabildiğı gibi, bazı sembollere hem dini hem de tarihi ve kültürel bir anlam yüklenebileceğinden, o sembolün dini sembol olup olmadığı, dini sembol olarak kabul edilebilse bile, dini yanının var olan tarihi veya kültürel niteliğinin içinde erimesinden dolayı, o sembolün dini sembol olarak kabul edilip edilmeyeceğı tartışmalı olabilmektedir¹⁰⁷⁸.

Kanaatimizce, dini değerleri aşağılama suçunun oluşması bakımından da aynı şekilde düşünmek ve dini niteliğı bulunan hususların aynı zamanda kültürel ya da tarihi bir anlamı olup olmadığı ve hangi niteliğın daha ağır bastığı değerlendirilmek suretiyle bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu anlamda, dini değerin tanımı içerisinde ifade edilen “...ve *inanınlarca dini kıymet atfedilen her türlü şey*” ibaresinin sübjektif yanının tartışmaya açık olduğunu söylemek mümkündür. Zira söz konusu ibare, “*dini değer*” kavramının kullanım alanını oldukça genişletmekte ve sınırlarının çizilmesini oldukça zorlaştırmaktadır.

Değınilmesi gereken bir diğerk husus, TCK’nun hakaret suçunu düzenleyen 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde yer alan, “*dine göre kutsal sayılan değerler*” ile 216. maddenin 3. fıkrasında yer alan “*dini değer*” kavramlarıdır.

5237 sayılı TCK’nun hakaret suçunu düzenleyen 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde, hakaret suçunun “*Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle*” işlenmesi, suçun cezasını artıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. 216. maddenin 3. fıkrasında ise suç teşkil eden fiil, “*Halkın bir kesiminin benimsediğı dini değerleri alenen aşağılamak*”tır.

Daha önce değindiğimiz üzere, iki suç tipi arasında, suç tiplerinin düzenlendiğı kısımlar, korunan hukuksal değer ve suçun mağduru bakımından farklılıklar olmakla

¹⁰⁷⁸ Lautsi/İtalya kararı, başvuru no: 30814/06, **GÜLTEKİN, Nil, Melek**, Fransa, İtalya ve Türkiye’de Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Kapsamında Dini Sembollerin Kullanımı, Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, Temmuz, Ağustos, Eylül 2010, Sayı: 3, s. 96,

İHAM benzer görüşüne 2012 tarihli *Fáber v. Macaristan* davasında da yer vermiştir. Nitekim Mahkeme söz konusu davada, bayrak gibi bazı sembollerin teşhir edilmesinin Sözleşme’nin 10. maddesinin koruma kapsamında olmakla beraber, söz konusu sembollerin birden çok anlamının bulunabileceğine dikkat edilmesi ve bu anlamda somut olayda sembolün şok edici ya da incitici nitelikte mi yoksa demokratik bir toplumda hoşgörü hakkında yoksun kalabilecek nitelikte mi olduğunun incelenmesi gerektiğine değinmiştir. **Fáber v. Macaristan**, Başvuru No: 40721/08, 24.07.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 13.11.2016).

birlikte, suçun konusu bakımından ortak bir nokta bulunmaktadır. Zira gerek 125. maddenin 3. fıkrasının c bendi ve gerek ise 216. maddenin 3. fıkrası kapsamında kanun koyucu, “*dini değer*”den bahisle suçun işlenmesini öngörmektedir. Şu halde, söz konusu iki madde bakımından değinilmesi gereken husus, “*dine göre kutsal sayılan değerler*” ibaresi ile “*dini değerler*” ibaresi arasında bir anlam farkının olup olmadığıdır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, dini değer, “*inanç sistemi, dini büyükler, ibadet yeri ve şekilleri gibi o inancı temsil eden ve inananlarca dini kıymet atfedilen her türlü şey*” olarak tanımlanmaktadır.

Kutsal kavramı ise sözlükte, “*güçlü bir dini saygı uyandıran veya uyandırması gereken, kutsi, mukaddes, tapınılacak veya yolunda can verilecek derecede sevilen, bozulmaması, dokunulmaması, karşı çıkılmaması gereken, üstüne titrenilen ve Tanrı’ya adanmış olan, tanrısal olan olarak ifade edilmiştir*¹⁰⁷⁹. Geniş anlamda kutsal ise, kendisine karşı ilgi, saygı duyulan, bozulma, ihlâl, kirlenmişlikten uzak” olarak tarif edilmiştir¹⁰⁸⁰.

Kutsal kavramı ile ilgili teolojik, felsefik ve sosyolojik tartışmalar bir yana¹⁰⁸¹, bu kavramın doğrudan “*Tanrı*” ya da “*Din*” ile bağlantılı ve onlardan doğmuş bir kavram olduğunu söylemenin mümkün olmadığı ve kelimenin daha çok kültürel ve tarihsel ele alınabilecek bir yapısı olduğu ifade edilmiştir. Zira ideal bir değeri olduğuna ve varlığa hususî bir derinlik kattığına inanılan evlilik, vatan gibi olgular da belli tarihi süreçlerde ya da toplumsal yapının bu olgulara attığı değere göre kutsal olarak değerlendirilmiş¹⁰⁸² böylece bu toplumsal olgular da soyut bir anlam ya da aşkın bir gerçekliği sembolize etmeye başlamıştır¹⁰⁸³. Ancak söz konusu dini anlamda “*kutsallık*” olduğunda, dini kutsalın, ne bireysel ne de toplumsal hakikatlerden kaynaklanan bir idealle ilişkisi olmuş, dini kutsal, ilahi kudretinden dolayı dokunulmaz kabul edilmiştir.¹⁰⁸⁴

Bu nedenle, dini değer kapsamında değerlendirilen inanç sistemi, dini büyükler, ibadet yeri ve şekilleri gibi o inancı temsil eden ve inananlarca dini kıymet atfedilen her türlü şeyin evleviyetle “*kutsal*” kavramı içerisinde değerlendirilebileceğini ve TCK’nun hakaret

¹⁰⁷⁹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

¹⁰⁸⁰ **YAVUZ, Ömer, Faruk**, Kur’an’da Kutsal Mekan, Zaman ve Eşya Kavramlarının Sembolik Değeri, Milet ve Nihal İnanç, Kültür ve Mitoloji Araştırmaları Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1-2 Aralık 2005 - Haziran 2006, s. 46.

¹⁰⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KUŞÇU, Emir**, Kutsal Kavramını Yeniden Düşünmek: Mana Modelinden Düzen Nosyonuna Doğru, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi Cilt: 11, Sayı: 3, s. 167 vd.,

¹⁰⁸² **VERGOTE Antoine**, Kutsal, Çev. KESKİN, Halife, YAPICI, Asım, Ç. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Temmuz-Aralık 2002, s. 207, 212.

¹⁰⁸³ **YAVUZ**, s. 44.

¹⁰⁸⁴ **VERGOTE**, s.213.

suçunu düzenleyen 125. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde yer alan, “*dine göre kutsal sayılan değerler*” ile 216. maddenin 3. fıkrasında yer alan “*dini değer*” kavramları arasında nitelikli bir farkın olmadığını ifade etmek mümkündür.

Dikkat arz eden husus, dini semboller gibi bazı değerlere de dini olduğu gibi tarihi ve kültürel bir takım anlamlar yüklenebileceğidir. Bu gibi hallerde, dini semboller bakımından da belirttiğimiz üzere, gerek TCK’nun 125. maddesinin 3. fıkrası kapsamında, “*dine göre kutsal sayılan değerler*” ve gerek ise 216. maddenin 3. fıkrasındaki “*dini değer*” kavramları yorumlanırken, dini niteliği bulunan hususların aynı zamanda kültürel ya da tarihi bir anlamı olup olmadığının ve hangi niteliğin daha ağır bastığının değerlendirilmek suretiyle, suçun oluşup oluşmadığına karar verilmesi gerektirir.

Diğer yandan, dini değerleri aşağılama suçunun oluşabilmesi için diğer bir şart, aşağılanan dini değerlerin, halkın bir kesimi tarafından benimsenmiş olması gerektiğidir¹⁰⁸⁵. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, burada halkın bir kesiminden, halkın bir kısmı anlaşılmalıdır. Zira burada “*halkın bir kesimi*” halkın bir bölümü, bir parçası yahut bir kısmı anlamında kullanılmıştır. En az kaç kişinin, halkın bir kesimi olarak değerlendirileceği hususunun, somut olayda hâkim tarafından belirlenmesi gerekmele birlikte, halk kesimi sayılan grubun, toplumun çoğunluğunu ya da azınlığını oluşturması önemli olmaksızın, genel nüfus içerisinde belli bir ağırlık ve öneminin olması gerekir¹⁰⁸⁶. Şu halde, içtima kısmında daha ayrıntılı bir biçimde açıklayacağımız üzere, benimsediği dini değerler nedeniyle bir kimsenin aşağılanması halinde, koşulları oluşmuşsa 5237 sayılı Kanun’da yer alan diğer suç tiplerinin oluşması mümkün olabilse de dini değerleri alenen aşağılama suçu oluşmayacaktır.

6. Nitelikli Unsur

a. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi

5237 sayılı Kanun’un 218. maddesi, “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” bakımından ortak bir nitelikli hali düzenlemiş ve madde metninde, “*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır.*” ifadesine yer verilmiştir.

¹⁰⁸⁵ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 998.

¹⁰⁸⁶ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 73, 79, ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 998.

765 sayılı TCK döneminde de Allah’a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaretin basın ve yayın yoluyla işlenmesi, 765 sayılı Kanun’un 176. maddesinin 4. fıkrası kapsamında nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Zira söz konusu fıkra *“Üçüncü fıkra yazılı suçlar, basın ve yayın yoluyla işlenirse ceza bir misli artırılarak hükmolunur.”* ifadesine yer verilmiştir. Böylece gerek 765 sayılı ve gerek ise 5237 sayılı Kanun’un suçun cezasını artıran nitelikli hal bakımından paralel bir yaklaşımı kabul edildiğini ifade etmek mümkündür.

Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalara, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde yer verdiğimizden, burada ilgili bölüme atıfta bulunmakla yetiniyoruz¹⁰⁸⁷.

B. Manevi Unsur

Dini değerleri aşağılama suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun, taksirle işlenmesi mümkün olmayıp, madde metninde failin belli bir saikle hareket etmesi aranmamaktadır¹⁰⁸⁸.

Yargıtay, *“Suça konu edilen paylaşımların halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılamak amacıyla yazıldığının kabulü zorlamayı gerektirmektedir. Sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımlarda, özellikle güncel kullanımda hemen her konuda düşünce ifadesine rastlanıldığı, buna özel anlam atfedilebilmesi için çok kapsamlı, özellikle hazırlanmış ve bilinçli bir şekilde belli bir amaca yönelik planlı bir paylaşım gerekeceği düşünülmelidir. Özenli ve özellikli bir yaklaşımla bu amaç gerçekleştirilebilir.”* ifadelerine yer vermek suretiyle, suçun oluşması bakımından özel kastın varlığını aramaktadır¹⁰⁸⁹.

765 sayılı Kanun döneminde ise Yargıtay’ın, 175. maddenin 3. fıkrası bakımından suçun oluşması için özel kastın olması gerektiğine ilişkin kararları¹⁰⁹⁰ olduğu gibi genel kastı yeterli gördüğü kararları¹⁰⁹¹ da vardır.

¹⁰⁸⁷ Söz konusu açıklamalar için bkz. s. 143 vd., s. 261 vd.

¹⁰⁸⁸ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 1002.

¹⁰⁸⁹ Yarg. 8. C.D., 2014/35434, 2015/22535 K., 12.10.2015, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

¹⁰⁹⁰ *“Olay tarihinde tanık Şevket ile birlikte ilçeden köydeki evine yürüyerek dönmekte olan müştekinin peşinden gelen sanığın onunla aralarındaki arazi anlaşmazlığından kaynaklanan husumet nedeniyle saldırarak ona küfredtiği, tanık Şevket’in sanığın saldırısını önlediği, bu oluşum içerisinde küfretmeğe devam eden sanığın (...senin de, ananı avradını, Allah’ını, Kitabını sk. ederim...) biçimindeki küfürleri savurduğu sabittir. Ancak, sanığın kavga sırasında belirtilen şekilde küfretmesinin muhatabının şahsına yönelik olduğu din ve Allah’ı tahrik özel kastını gösterir bir halin mevcut olmadığı*

anlaşılmıştır. Müsnet suçun oluşabilmesi için sanığın doğrudan doğruya bu kavramlara yönelik ve onları hedef alan bir taarruz anlayışın sonucu olarak hareket etmiş olması gerekir. Olayımızda hadisenin akışına göre bu olgular yoktur. Bu itibarla, TCK'nın 175/3. maddesinde yazılı suçun manevi unsuru itibarıyla oluşmadığı anlaşıldığından itirazın bu sebeple kabulü ile onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” YCGK, 1987/4-153 E., 1987/305 K., 25.5.1987, YCGK, 2000/4-116 E., 2000/121 K., 30.05.2000, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015).

“Oluş ve kabule göre, sanığın yakınana ‘Ulan senin cumana da, cuma vaktini de, abdestini de S.K. ederim’ biçiminde sövme eyleminde, İslam Dini’nin belli ilke ve esaslarını amaçlayan özel kastının ne suretle oluştuğunu gösteren kanıtlar açıklanıp tartışılmadan, TCY’nın 482/3. maddesi yerine yazılı madde ile hüküm kurulması,”

4. CD, 24.1.1995, 1994/9369 E., 1995/172 K., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015),

“T. Ceza Yasasının 175. maddesiyle korunan hukuki yarar; Allah, din, peygamber, kutsal kitaplar, mezhepler.... değil kişilerin bu kavramlara yönelik dini hisleridir. Kuşkusuz kişi, bu kavramlarla ilgili düşüncelerini açıklayabilir, eleştirebilir. Ancak, bunu yaparken göz önünde tutulması gereken husus, başka kişi veya kişilerin dini duygularının incitilmemesidir. Zira kimsenin başkasının kutsal saydığı kavramlara İlişkin saygı duygusunu incitmeye hakkı olamaz. Bu bağlamda yapılacak iş, dava konusu kitabın, kişilerin dini hislerini rencide kastı ile yazılıp yazılmadığının araştırılıp tartışılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesidir.” Yarg. 4. C.D., 1996/1676 E., 1996/6424 K., 10.07.1996, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015),

“Somut olayda katılanın sanığın babasından alacağını istediği, aralarında tartışma çıktığı, bu sırada sanığın kamyonun üzerinden inerek katılana müdahale ettiği, katılanın küfür etmesi ve sanığın babasını hırsızlıkla suçlaması üzerine, sanığın katılana hitaben ‘senin Allah’ını, kitabını, dinini sinkaf ederim’ şeklinde küfrettiği, küfürlerin muhatabının katılan olup, Allah, kitap ve dine tahkir özel kastını gösterir bir halin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. İsnat edilen suçun oluşabilmesi için sanığın doğrudan doğruya bu kurum ve kavramlara yönelik ve onları hedef alan bir saldırı anlayışının sonucu olarak hareket etmesi gerekir.

Bu nedenle sanığın eyleminde ‘özel kast unsuru’ bulunmadığından yüklenilen suç oluşmamıştır. Yargıtay Başsavcılığı itirazının açıklanan nedenlerle kabulüne Özel Daire onama kararının kaldırılarak Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” YCGK, 1999/4-169 E., 1999/196 K., 21.09.1999, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015).

“Somut olayda, köyde kahvehane işleten sanık Y.’nin köy muhtarı olan diğer sanık F. tarafından Kaymakamlığa şikâyet edilmesi üzerine, aralarında çıkan tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanıkların tartışma esnasında birbirlerine hitaben ‘Senin dinini, imanını, kitabını, Allah’ını sinkaf ederim’ şeklinde küfrettikleri, küfürlerin muhatabının şikâyetçiler olup, Allah, kitap ve dini tahkir özel kastını gösterir bir halin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. İsnat edilen suçun oluşabilmesi için sanığın doğrudan doğruya bu kurum ve kavramlara yönelik ve onları hedef alan bir saldırı anlayışının sonucu olarak hareket etmesi gerekir.

Sanığın eyleminde ‘Özel kast ögesi’ bulunmadığından yüklenilen kutsal değerlere sövme suçu oluşmamış olup, eylem TCY’nın 482/3. maddesinde düzenlenen ve kovuşturması şikâyete bağlı alenen sövme suçunu oluşturmaktadır.” YCGK, 2000/4-116 E., 2000/121 K., 30.5.2000, Yarg. 4. CD, 13.5.2002, 2002/6167 E., 2002/8352 K., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015).

¹⁰⁹¹ “Yasa koyucu, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği 3255 sayılı yasa da öngörölmüş bulunan ve suçun unsuru olan ‘tahkir maksadı’ unsurunu, yeniden düzenleyip yürürlüğe koyduğu 3369 sayılı yasa ile maddeden çıkartarak maddeye işlerlik kazandırılmak istemiştir.

Nitekim yasa değişikliği ile ilgili gerekçede aynen; ‘men ve ihlalin suç teşkil etmesi için şart olan, ‘tahkir maksadı’ metinden çıkarılmış böylece maddeye işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Deruni bir hal olan özel kastın kanıtlanması çoğu zaman olanaklı bulunmamakta ve fiil cezasız kalmakta veya en azından maksada en uygun cezasını bulamamaktadır. Din ve vicdan hürriyetinin gerçek teminata kavuşturulabilmesi, din ve vicdan hürriyetine yönelik hareketlerin yaptırımsız kalmaması için 3.fıkra yeniden düzenlenmiş, bu fıkra da suç unsurlarını belirleme yönünden suçun niteliğine uygun tür ve miktarda ceza tayin olunmuştur’ denilerek yukarıdaki tespitimiz vurgulanmaktadır.

Sonuç olarak; 3369 sayılı yasa ile düzenlenen TCY’nın 175.maddesinin 3.fırcasındaki (Allah’a, dinlere, dinlerin peygamberlerine ya da kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret suçunun oluşabilmesi için genel kasıt yeterlidir. Ayrıca özel kasıt aranması yasal olmayıp, yasa koyucu kişileri araç yapıp bu kavramlara sövmeyi cezalandırma amacını gütmüştür.” Yarg. 4. C.D., 2002/1008 E., 2002/2362 K., 18.2.2002, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:03.10.2015).

“T.C. Yasasının 175/3 üncü maddesindeki suçun oluşması için genel kast yeterli bulunduğuna göre, sanık mağdura, ‘Senin Allah’ını, dinini, kitabını s.k. ederim’ demek suretiyle onun dini duygularına yönelik olarak hakaret ettiğinden, yüklenen suçun yasal unsurları oluşmuştur.” YCGK, 4-39/114, 10.04.1995, ARTUK/ALŞAHİN, s. 1002,

“İlköğretim okulunda öğretmen olan sanığın bir kısım öğrencilere ‘Allahınızı, kitabınızı s.k. ederim’ demekten ibaret sözçleri genel kastla işlenen 765 sayılı TCK’nın 175/3. Madde ve fırcasındaki suçu oluşturur.” Yarg. 4. C.D., 4654/5697, 14.09.1995, ARTUK/ALŞAHİN, s. 1002,

“Sanığın görevli belediye zabıta memurunun ‘dinine imanına sövme’ eyleminin genel kastla işlenen 765 sayılı TCK’nın 175/3. Maddesine uygun suçu oluşturduğu gözetilmeden...” Yarg. 4. C.D., 6040/7078, 02.11.1995, ARTUK/ALŞAHİN, s. 1002,

Doktrinde ise bu dönemde, suçun özel yahut genel kastla işleneceği yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, 765 sayılı Kanun'un 175. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtilmemiş olsa da suçun hukuki konusunun bizatihi kutsal değerlerin korunması olmadığından yola çıkarak, suçun oluşabilmesi için başkasının dinsel inanç ve duygularını rencide etmek, incitmek özel kastıyla hareket edilmiş olmasını aramaktadır. Zira bu yazarlara göre, ancak bireyin dinsel hislerine saldırı amacıyla yapılan fiiller suç oluşturmaktadır¹⁰⁹². Diğer bazı yazarlar ise, genel kastın suçun oluşması için yeterli olduğu ve saikin önemli olmadığı görüşündedirler¹⁰⁹³.

Kanaatimizce, dini değerleri aşağılama suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira aşağılama fiili, halkın belli bir kesiminin benimsediği dini değerler hedef alınmak suretiyle işlenmelidir. Bir başka ifadeyle suçun doğal yapısından kaynaklı olarak, aşağılama belli bir dini inanış hedef alınarak ve bu inanışı benimseyen halk kesiminin önem atfettiği “*değerler*” üzerinden aşağılama fiiline hedef olmalıdır. Zira düşüncemiz, suç tipiyle bizatihi “*dini değerlerin*” değil, bu değerleri benimseyen halk kesiminin dolaylı bir şekilde aşağılanması suretiyle kamu barışının korunmasının amaçlandığıdır. Bu anlamda kanaatimizce de dini değerleri alenen aşağılama suçu “*özel kastla*” işlenebilen bir suç olmakla birlikte, suçun tüm unsurlarının açıkça ve duraksamaya yer olmadan suç tipinde gösterilmesi gerekliliğinden hareketle, madde metninin muhafazası söz konusu olacaksa “*ilgili dini inanışı benimseyen halk kesimini tahkir maksadıyla*” şeklindeki saikin madde metninde yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

Diğer yandan, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler kapsamında suçun, taksir ve olası kastla işlenmesinin de mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. Genel Açıklamalar

5237 sayılı TCK'nun “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenen suçlar bakımından ortak uygulama alanı olan “*Ortak Hükümler*” başlıklı 218. maddesine göre, “*haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*”

¹⁰⁹² ARTUK, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, s. 484.

¹⁰⁹³ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 27.

Bu anlamda, 216. maddenin 1. ve 2. fıkralarına ilişkin yaptığımız açıklamalarda değindiğimiz üzere, düşünceyi ifade özgürlüğü, “*Dini Değerleri Aşağılama Suçu*” bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir¹⁰⁹⁴.

Düşünceyi ifade özgürlüğüne ilişkin açıklamalara halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde yer verdiğimizden, söz konusu açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyor, burada dini değerleri aşağılama niteliğindeki olaylarda İHAM’nin yaklaşımını incelediği davalar üzerinden ele almayı uygun buluyoruz.

b. İHAM’nin Dini Değerleri Aşağılama Niteliğindeki Fiilleri Düşünceyi İfade Özgürlüğü Bakımından Yorumu

İHAM’nin bir din yahut dini değerlerin aşağılanması ya da tahkir edilmesi hususundaki yaklaşım tarzını ortaya koymak adına değinmek istediğimiz ilk dava, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya* davasıdır¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁴ “T. Ceza Yasasının 175. maddesinin 3. fıkrasının ilk tümce sinde korunan değer; ancak Allah'a, peygambere, kutsal kitap ya da mezheplere söyüldüğünde ihlal edilmiş ve suç işlenmiş olur. Aynı fıkranın 2. tümcesinde ise, kişilere yönelik seçenekli davranışlarda, sövmenin berisinde kalan kınama ya da alay bile suç sayılmıştır.

Yerel Mahkemenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, sanık yaz kendine göre, yapıtında kaynaklarını da göstererek, İslam dini yorumunu ve uygulamasının çağdaş değerlerle çatışan noktalarını sergilemekte ve eleştirmekte; Tanrı korkusuna değil, Tanrı sevgisine yaslanan insanı bir din anlayışından yana olmayanlara karşı çıkmaktadır. Yapıt, bilimsel bir yöntemle kaleme alınmıştır. Eğer bu savlar yanlışsa, yalnızca bilimsel düzeyde yargılanıp çürütülebilirler. Bilimsellik iddiasıyla ortaya çıkan bir yapıt, bilimsel merak ve metodik kuşkuyla irdelenmeye ve çürütülmeyi her zaman açık uçludur. Sav, karşıt sav ve bileşim, kısaca bilimsel diyalektik ve ilerleme ancak bu koşullarda gerçekleşebilir. Ters durum toplumun dinamikleri dumura uğratılmış ve ilerleme durdurulmuş olur. O yüzden, bir bilimsel araştırmayı yargılayacak kişi. ve makamlar; yargıçlar ve mahkemeler değil yalnızca bilim adamlarıdır. Sanığın etkinliği ve çalışması, esasen İslam dininin birinci kaynağı olan ve görüşlerde çoğulculuğu öngören Kuran'ın: " Her birinize yol/yöntem gösterdik (...) Herkesin (her ümmetin) yöneldiği bir yolu/kublesi/ideolojisi vardır, öyleyse iyi işlerde birbirinizle yarışın." buyruklarına uygun düşmektedir (el-Bakara, 148; el-Maide, 48).

Sanık yapıtında Allah'a, peygambere, kitaplara, dinlere, mezheplere sövmemiş; eleştiri boyutları içinde kalmıştır. Hakkında açılan dava bu eylemlerle ilgilidir, inanan kişilerle alay ya da onları kınama söz konusu değildir.” Yarg. 4. C.D., 1996/1676 E., 1996/6424 K., 10.07.1996, (karşı oy görüşü), , www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 03.10.2015).

“‘Din Özgürlüğüne Karşı Cürümler’ içinde yer alan 765 sayılı TCY’nın 175 maddesinin 3 fıkrası ile bilerek ve isteyerek Allah ve dine yönelik hakaret ve tezyifler cezalandırılmıştır. Suçun oluşabilmesi için, Allah’a veya dinlerden veya dinlerin peygamberlerinden ya da kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret edilmesi veya bir kimsenin dini inançlarından yalnız yasaklarından kaçınmasından dolayı kınanması, tezyif (küçültme, değersiz görme, eğlenme) veya tahkir (aşağılama, hor görme) edilmesi, alaya alınması gerekir. Eylem, cezai korumanın konusu olarak belirlenmiş olan Tanrı, dinler, peygamberler, kutsal kitaplar ve mezheplere yönelik olmalıdır. Ancak bu eylemlerin cezalandırılabilmesi için, sözlerin, hakaretlerin eleştiri boyutunu aşması, doğrudan hakaret niteliğinde olması zorunludur.

Somut olayda, bakkal dükkanında oturan sanık, kendisinin dinsiz olduğunu, Allah’ın olmadığını, Kuran-ı Kerim’in ne idüğü belirsiz bir kişi tarafından yazıldığını, safsata, yalan ve düzmece olduğunu, Allah’ın böyle bir kitabının olmadığını söylemiştir. Sanık bu sözleri ile eleştiri sınırlarını aşmış ve 765 sayılı TCY’nın 175/3. maddesindeki kutsal kitaba hakaret suçunu işlemiştir.” YCGK, 4-230/360, 13.10.1998, ARTUK/ALŞAHİN, s. 1003,

“Büyük Doğu dergisinde (Ses) başlığı altında yazılan fıkrada (Tanrı uludur Tanrı uludur) sesleri üzerine konuşturulan iki kişiden son sözü söyleyene (Evet Tanrı uludur, o kadar uludur ki, işte böyle u.. lu..tur) şeklinde cevap verilmesindeki manada iyiliğine veya fenalığına delalet edecek bir cihet mevcut olmayıp ancak Arapça ezan yerine Türkçe ezan şekli olan bu kelimelerin ve (Uludur) kelimesi (Uludur) şeklinde bir köpeğin feryadına benzetilmek suretiyle tezyif edildiği halde beraate karar verilmesi yolsuzdur.” YCGK, 160/64, 09.02.1948, ARTUK/ALŞAHİN, s. 1003,

¹⁰⁹⁵ Kararın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz s. 401 vd.

Söz konusu dava kapsamında İHAM, düşünceyi ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği bakımından, genel olarak olduğu gibi üç açıdan değerlendirme yapmıştır. İlk olarak Mahkeme, söz konusu hak sınırlamasının iç hukukta kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği, müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığı ve sonrasında ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususları üzerinde durmuştur.

Mahkeme, sınırlamanın Av.CK'nun 188. maddesine dayandığını ve sınırlamanın amacının, başka kişilerin aleni biçimde görüşlerini ifade etmeleri dolayısıyla, toplumdaki diğer kimselerin dini duyguları yüzünden hakarete uğramamaları olduğunu ifade etmiştir. Bu anlamda İHAM'ne göre, Avusturya mahkemelerinin kararlarının kaleme alındığı koşullar göz önünde bulundurulduğunda, somut olayda filme uygulanan toplatma ve el koyma tedbirleri, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmaması bakımından Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal niteliği taşımamaktadır. Zira kararda açıkça belirtilmese de söz konusu müdahale, dinsel barışın korunması baskın toplumsal ihtiyacı nedeniyle ortaya çıkmakta ve “*başkalarının haklarının korunması*” meşru amacıyla orantılı bir müdahale teşkil etmektedir.

Orantılılık bakımından ise, her ne kadar girişte bir ücret ödenmesi ve yaş sınırı getirilmişse de filmin geniş biçimde reklamının yapıldığına değinmiştir. Bu kapsamda filmin gerçek niteliği, temel içeriği ve konusu hakkında açık bir fikir verecek şekilde kamuoyunda bilgi mevcuttur. Diğer yandan, başvuru sahibi derneğin kamuoyuyla tartışmalı hususları paylaşma ve bundan yola çıkarak ilgili kişilerin bu husustan haberdar olma hakkı ile diğer kişilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine saygı gösterilmesi hakkına ilişkin birbiriyle çatışmalı menfaatlerinin ağırlıklarının tartılması hususu konusunda, ulusal makamlara bırakılmış takdir yetkisinin de göz önünde tutulması gerekmektedir.

Uyuşmazlığa, İngiliz Film Sınıflandırma Kurulu tarafından, film yönetmeni olan Bay Wingrove'un, Visions of Ecstasy isimli yaklaşık on sekiz dakikalık videosuna, videonun yasalara uygun şekilde kamuya satılabilmesi ve kiralanabilmesi için sınıflandırma sertifikası verilmesinin reddedilmesi ve iç hukuk yollarının da tüketilmesi üzerine dâhil olduğu *Wingrove v. Birleşik Krallık* davasında da İHAM benzer bir kanaate varmıştır¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁶ **Wingrove v. Birleşik Krallık**, Başvuru No: 17419/90, 13.09.2005, , <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2015), Kararın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. s. 373 vd.

Söz konusu davada değinilmesi gereken ilk husus, başvuranın adı geçen filme uygulanan kanuni düzenlemelerin “öngörülebilirlik” şartını yerine getirmediğine yönelik yaptığı itirazdır. Zira başvurana göre, dine hakaret kanunu, jürinin gözünde ne tür yayınların suç olarak kabul edilip edilmeyeceğini önceden tespit etmek bakımından son derece muğlaktır. Diğer yandan, idari bir kurum olan İngiliz Film Sınıflandırma Kurulu’nun, varsayımsal olarak gerçekleşen bir kovuşturmanın sonucunu nasıl tahmin edeceğini bilmek de neredeyse imkânsızdır. Bu koşullarda başvuru sahibinin, adı geçen kurumun spekülasyonlarının sonuçlarını öngörmesi mantıksal olarak beklenemez. Bu nedenle “kanunla öngörülme” ifadesinden kaynaklanan “öngörülebilirlik” gerekliliği yerine getirilmemiştir. İHAM ise *Whitehouse v. Gays News Ltd* ve *Lemon* davasında, dine hakaret suçunun Lordlar Kamarası tarafından formüle edilen İngiliz kanunlarındaki tanımına ilişkin genel bir şüphe ya da anlaşmazlık bulunmadığına¹⁰⁹⁷ ve başvuru sahibinin uygun bir yasal tavsiye ile filmin, özellikle de Hz İsa’nın çarmıha gerildiği görüntüleri içeren sahnelerin, dine hakaret suçu kapsamına girebileceğini ön görebileceği hususlarına dikkat çekerek aleyhte olan sınırlandırmanın kanunla öngörülmüş olduğu sonucuna varmıştır.

İHAM, müdahalenin kanunla öngörülmüş olduğunu tespit etmesinin ardından, söz konusu müdahalenin meşru bir amaçla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini incelemiş ve söz konusu davada, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya* davasında olduğu gibi, “başkalarının haklarının korunması” meşru amacının bulunduğu kanaatine varmıştır. Zira Mahkeme’ye göre, sertifika talebini reddeden idari kurulun da belirttiği gibi, sınırlamanın amacı Hristiyanlık tarihi ve ahlak/etiklerine hassasiyeti, sempatisi veya desteği olanların haklarının dini değerlerin, küçümseyici, aşağılayıcı, kaba veya alaycı bir şekilde takdim edilmek suretiyle ihlal edilmesinin engellenmesidir. Somut olaydaki “*baskın toplumsal ihtiyaç*” ise, açıkça gösterilmemek ve yeterli bir şekilde tartışmamakla birlikte, bu hususta üye devletin takdir yetkisine dayanmak suretiyle bir kanaat geliştirmiştir.

Orantılılık şartı bakımından ise Mahkeme, kısa deneysel bir videonun kapsamlı bir film çalışmasından daha kısıtlı kişiye ulaşacağı, videoyu izleme riskinin, filmin lisanslı seks ürünleri satan mağazalara dağıtım ile sınırlandırılmasıyla daha da azaltılabileceği, ayrıca

¹⁰⁹⁷ Buna göre, Tanrı, Hz.İsa veya İncil’e ya da İngiltere kilisesine yönelik aşağılayıcı, incitici, hakaret içerikli söz içeren her yayının dine hakaret olduğu kabul edilmektedir. Eğer yayında kullanılan üslup uygun ve ılımlıysa, Hristiyanlık dinine karşı düşmanca ifadeler kullanmak ya da bu yönde görüşler yayınlamak veya Tanrı’nın varlığını inkâr etmek dine hakaret değildir. Dikkate alınması gereken kıstas, doktrinlerin içeriği değil, ne şekilde savunulduğudur.

filmin, üzerinde filmin içeriği ile ilgili bilgi içeren bir videokaset kutusunda dağıtılacağı için, sadece yetişkinlerin söz konusu film ile muhatap olacakları görüşünü, bir videonun bir kere piyasaya sürülmesinden sonra kopyalanabileceğini, ödünç verilebileceğini, kiralanabileceğini, satılabileceğini, farklı evlerde gösterilebileceğini ve bu nedenle rahatlıkla ilgili otoritelerin kontrolü dışında kalabileceğine dikkat çekmiştir.

Berfin yayınevinin sahibi ve müdürü olan başvuranın, Kasım 1993'te Abdullah Rıza Ergüven'in "*Yasak Tümceler*" adlı romanını yayımlaması ve bunun üzerine hakkında söz konusu kitabı basmasından ötürü 765 sayılı TCK'nun 175. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca dava açılarak mahkûmiyet hükmü verilmesine ilişkin İ.A. v. Türkiye davasında Mahkeme, kitaptaki özellikle "*Hatta bu sözlerin bir bölümü "Ayşe'nin koynunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı'nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz..."* ifadelerini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmıştır¹⁰⁹⁸.

Dava kapsamında davaya konu olan müdahalenin, İHAS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yasayla öngörüldüğü ve kamu düzeninin, ahlakın, başkalarının haklarının korunması gibi meşru amaçlar taşıdığı hususunda taraflar arasında bir tartışma yaşanmamış olduğundan İHAM, bu hususları ayrıca değerlendirmemiş, müdahalenin "*demokratik bir toplum için gerekli*" olup olmadığı üzerinde durmuştur. Bu kapsamda Mahkeme, ifade özgürlüğünün sadece kabul gören, zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgiler ve fikirler için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğuna ancak din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğine, bu konuda üye devletlerin belirli bir takdir yetkililerine haiz olduklarına dikkat çekmiştir.

Mahkeme müdahalenin baskın bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı bakımından, "*dini inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkı*" ile açıklamaya çalışmış ve kitapta kullanılan ve eleştiri sınırını aşan bazı ifadelerin, inanlara karşı haksız ve ağır bir saldırı niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Orantılılık şartı bakımından ise Mahkeme, "*ulusal yargının anılan kitabın toplatılması kararını vermediğini ve netice itibariyle verilen para cezasının öngörülen amaçlar doğrultusunda ölçülü olduğunu*

¹⁰⁹⁸ İ.A. v. Türkiye, Başvuru No: 42571/98, 13.09.2005, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).

kaydetmektedir.” kanaati kapsamında, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediği görüşüne ulaşmıştır..

Tatlav v. Türkiye, Klein v. Slovakya ve Giniewski v. Fransa davalarında ise Mahkeme’nin düşünceyi ifade özgürlüğünden yana bir tavır sergilediğini görmek mümkündür.

Tatlav v. Türkiye davasında “İslamiyet’in Gerçeği” başlıklı beş ciltlik eserin, Kasım 1992’de, “Kur’an ve Din” başlıklı ilk cildinin yayımlanmasının ardından, 1996 Ekim ayında Kuran’ın eleştirel yorumu ile dokuz bölümde tarihsel çalışmasının yapıldığı 196 sayfalık 5. baskısının yayımlandığı, fakat söz konusu ciltte geçen bazı ibareler¹⁰⁹⁹ nedeniyle 765 sayılı TCK’nun 175. maddesinin 3. fıkrası gereğince başvuran hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğu davada İHAM, yukarıdaki davalarda da değindiği üzere, düşünceyi ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun başlıca temelini oluşturduğu, bireylerin dışa açılması ve gelişmesi için önemli bir koşul niteliği taşıdığı, aykırı düşen, kaygı yaratan, rahatsız edici düşünceler için de geçerli olduğu, üye devletlerin dini alanda hakaret konusu olabilecek ifade özgürlüğüne sınır getirmeleri konusunda, Avrupa ülkeleri arasında benzer görüşlerin bulunmaması nedeniyle, başkalarının haklarını koruma hususunda bu sınırlamalar için takdir paylarının geniş olduğu hususlarına değindikten sonra, söz konusu davaya konu olan müdahalenin baskın toplumsal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve orantılı olup olmadığı hususlarını değerlendirmiştir.

Mahkeme yine, başvuranın din konusundaki düşüncelerini topluma iletmesi kapsamında düşünceyi ifade özgürlüğüyle vicdan ve din özgürlüklerine saygının sağlanması arasında kurulması gereken dengeden ve din özgürlüğünün kullanmak isteyen gerek azınlık ya da gerek çoğunlukların, dini inançlarının reddedilmesi, bu konuda muhalif görüşler ya da eleştiriler ileri sürülmesinden korunmalarını bekleyemeyeceklerinden yola çıkarak “Başvuranın ileri sürdüğüne göre dinin etkisi, sosyal haksızlıkları meşru göstermek ve bunun ‘Allah’ın iradesi’ olduğu şeklinde kabul ettirilmek istenmesidir. Bu husus, inanmayan bir kişinin dinin sosyopolitik alanda eleştirel görüşüdür. Bununla birlikte, ihtilaf konusu terimlerde Divan, inananların doğrudan doğruya şahıslarını hedef alan bir anlatım biçimi görmemektedir; özellikle Müslümanların kitabı okuduklarında bir miktar

¹⁰⁹⁹ Aydın Tatlav v. Türkiye, Başvuru No: 50692/99, 02.05.2006, ENGİN TALAY, Osman, Tatlav/Türkiye Davası, İBD, AİHM Kararları, Cilt: 80, Sayı: 3, 2006, s. 1422 vd.

alaycı yorumlarla rahatsız olabileceklerini düşünmüş, ancak kutsal sembollerine hakaret eden bir saldırı bulmamıştır.” ifadelerine yer vermiştir. Orantılılık hususunda ise Mahkeme ilk olarak, ihtilaflı eserin ilk baskısının 1992 yılında yapıldığı, 1996 yılında ise beşinci baskı yapılana dek hiçbir takibatın yapılmadığı ayrıca soruşturmanın, bir şahsın (şikâyetçinin) ihbarı ile başlatıldığına değinerek, “*Mahkeme, başvurana verilen 12 aylık hapis cezasının önemsiz bir para cezasına çevrildiğini saptamıştır. Buna rağmen, yargılama sonucu hürriyeti bağlayıcı ceza alma olasılığı, din konusunda yazılarda uygun yorumlanmama durumunda yazar ve yayımcıları doğrudan caydırıcı bir etki yapacak, demokratik bir toplumun sağlıklı gelişmesi için vazgeçilmez olan çoğulculuk kavramına engel teşkil edecektir.*” ifadelerine yer vermiştir.

“*The People vs. Larry Flynt*” isimli film hakkında Slovakya Başpiskoposu’nun bir televizyon yayınında, filme ve filmin posterine, dini tahkir ve cinsel çağrışımlar içerdiği gerekçesiyle ölçülü bir takım tedbirlerin uygulanması gerektiği fikrini savunması nedeniyle, Domino Efekt isimli bir dergide başpiskoposu eleştiren bir makalesinin yayınlanması nedeniyle hakkında para cezasına hükmedilen *Klein v. Slovakya* davasında da Mahkeme, benzer bir neticeye ulaşmıştır¹¹⁰⁰.

Mahkeme ilk olarak, başvuranın Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamındaki hakkının sınırlandırılmasında, Slovakya makamlarının makalenin, diğerlerinin dini duygularına saldırı teşkil ettiği sonucuna ulaşması kapsamında, “*başkalarının haklarının korunması*” meşru amacının bulunduğunu ve söz konusu sınırlamanın kanuni gerekçesini SCK’nun 198. maddesinin oluşturduğunu tespit etmiştir. Söz konusu davada da Mahkeme, düşünceyi ifade özgürlüğünün önemi, kapsamı, kendisiyle birlikte gelen ödev ve sorumluluklar ve üye devletlerin takdir yetkisine bir kez daha dikkat çekmiştir.

Sınırlamanın baskın toplumsal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı hususunda İHAM, başvuranın aşağılayıcı nitelikteki ifadelerinin, Slovakya Katolik Kilisesi’nin en yüksek temsilcisi sıfatına sahip olan kimseye yönelik olduğuna ve makalenin, inananların dinlerini ifade etme veya ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmediğine, onların dini inançlarının mahiyetlerini yermediğine değinmiştir. Orantılılık bakımından ise, her ne kadar yazının içeriği argo terimler ve kaba ve cinsel içerikli imalar içerse de, Mahkeme’nin söz konusu makalenin gazetecilik kalitesi hakkında bir değerlendirmede bulunma yetkisi

¹¹⁰⁰ Kararın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz s. 317 vd.

olmadığına değinerek, bu içerikte bir yazının yayımlanmasıyla başvuranın başkalarının din özgürlüğünden kaynaklanan haklarını, kendisine uygulanan cezayı haklılaştıracak ölçüde ihlal etmediği kanaatine varmıştır. Üstelik makalenin doğrudan yöneldiği Başpiskopos, ceza yargılamasından çekilmiş ve kamuoyu önünde başvurandan özür dilemiştir. Başvuranın makalesinin münhasıran Başpiskopos'u hedef aldığı ve uygulanan cezanın niteliği göz önünde bulundurulduğunda başvuranın, başkalarının inancını tahkir etmesi nedeniyle cezaya mahkûm olması, davanın kendi koşulları kapsamında orantısızdır. Bu nedenle Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

Değirmek istediğimiz son dava *Giniewski v. Fransa* davasıdır¹¹⁰¹. Avusturyalı tarihçi ve sosyolog Giniewski'nin 1994 yılında bir Fransız gazetesinde, John Paul II'nin 1993 yılında yazdığı “*Hakikatin İhtişamı*” tamimine ilişkin olarak yazdığı makalede, Vatikan'ı ve Papa'yı Yahudi karşıtı olmak ve Yahudi Soykırımı'ndan (Holocaust) bir ölçüde sorumlu olmakla suçlaması üzerine hakkında ceza açılan ceza davasından beraat ettiği fakat özel hukuk davasında temsili olarak bir frank tazminata hükmedildiği ve mahkemenin kararının ulusal bir gazetede yayımlanmasına karar verildiği davada Mahkeme, başvuranın Sözleşme'nin 10 maddesi kapsamındaki hakkı bakımından getirilen sınırlamanın, 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 29. (Hakaret) ve 30. (Halkın Bir Kesiminin Aşağılanması) maddeleriyle öngörülmüş ve sınırlamanın meşru amacının ise “*başkalarının haklarının korunması*” olduğunu tespit etmiştir. Söz konusu davada da Mahkeme, düşünceyi ifade özgürlüğünün önemi, kapsamı, kendisiyle birlikte gelen ödev ve sorumluluklar ve üye devletlerin takdir yetkisine bir kez daha dikkat çekmiş ve sonrasında somut olayda gerçekleşen müdahaleyi, “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” hususunda değerlendirmiştir.

Mahkeme, eleştiri sınırlarını aşmamakla birlikte, makalede yapılan analizlerin tüm Hristiyanlığı kapsayacak genişlikte yorumlanamayacağına değinmiştir. Diğer yandan söz konusu makale, Yahudilerin yok edilmesinin olası çeşitli nedenleri hakkındaki tartışmalara ve bu anlamda tartışılmaz bir şekilde kamu yararına katkıda bulunmuştur. Her ne kadar söz davada mevzu bahis Katolik Kilisesi tarafından uygulanan ve dini bir niteliği olan bir doktrin olsa da söz konusu makale dini inançlara saldırı niteliğinde ifadeler değil, bir gazeteci ve bir tarihçinin görüşlerini içermektedir. Bu bağlamda, insanlığa karşı suç teşkil

¹¹⁰¹ *Giniewski v. Fransa*, Başvuru No: 64016/00, 31.01.2006, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2016).

eden belli ağırlıktaki fiillerin özgürce tartışılması, demokratik bir toplumun esaslı özelliklerindendir. Orantılılık bakımından ise Mahkeme, sınırlama ile meşru amaç arasındaki orantının değerlendirilmesinde, verilen cezaların niteliği ve ciddiyetinin dikkate alınması gereken etkenler olduğunu ifade etmiş, ayrıca meşru kamu yararını ilgilendiren konularda, basını tartışmaya katılmaktan vazgeçirmeye neden olabilecek nitelikteki ulusal otoriteler tarafından alınan önlemler ya da uygulanan cezalar hakkında dikkatli olunması gerektiği üzerinde durmuştur. Bu nedenle İHAM'a göre, “ *Başvuran ceza davasından beraat etmiş, özel hukuk davası kapsamında ise, şikâyetle bulunan derneğin zararları karşılığında bir frank tazminata hükmedilmiş ve giderleri kendisine yüklenmek üzere, mahkemenin kararının ulusal bir gazetede yayımlanmasına karar verilmiştir. Her ne kadar söz konusu kararın yayımlanması kararı, prensip olarak, düşünceyi ifade özgürlüğü üzerinde ağır bir sınırlandırma olarak görünmemekteyse de uygulanan yaptırımlar ve ceza davasının caydırıcı etkisi, başvuranın katıldığı meşru tartışmanın önemi ve sağladığı menfaat karşısında orantısız kalmaktadır.*”

Bu nedenle Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

c. Değerlendirme

Yukarıda yer verdiğimiz kararlar kapsamında, bir dinin veya dini değerlerin aşağılanması bakımından İHAM'nin yaklaşımını şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Düşünceyi ifade özgürlüğü, salt toplumun geneli tarafından kabul gören veya zararsız ya da kayıtsızlık içeren “*bilgiler*” veya “*fikirler*” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bu nedenle, din özgürlüğünü kullanmak isteyenler, azınlık veya çoğunluk olmalarına bakılmaksızın, bunu yaparken her tür eleştiriden korunmuş olduklarını da mantıklı olarak bekleyemezler. Dini inançlarının başkaları tarafından reddedilmesi olgusuna katlanmak ve hatta başkalarının kendi inançlarına muhalif görüşlerini kabul etmek durumundadırlar.

2) Üye devletlerin, başkalarının haklarının korunması bakımından, şahsi özel manevi konularda veya dini alanda hakaret konusu olabilecek ifade özgürlüğüne sınır getirmeleri konusunda, Avrupa ülkeleri arasında benzer görüşlerin bulunmaması nedeniyle, takdir payları genişletilmiştir. Bu durumda bir devlet, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile bağdaşmayan bazı davranış biçimleriyle ilgili olarak, “*demokratik bir toplumda gerekli*

olma” kapsamında, bilgi yayılmasının baskı altına alınmasının meşru olduğu kanısına varabilir. Ancak, bu takdir yetkisi, Mahkeme’nin denetimi altındadır.

3) Mahkeme bu denetimi yaparken, müdahalenin “*baskın bir toplumsal ihtiyacı*” karşılayıp karşılamadığı ve “*meşru amaçlar ile orantılı*” olup olmadığı hususlarını tespit etmektedir. Ancak ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “*ilgili ve yeterli*” olup olmadığı hususu söz konusu kararlarda oldukça yüzeysel bir şekilde ele alınmakta, zira söz konusu kararlar nihayetinde “*üye devletin takdir yetkisi*” ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle “*baskın bir toplumsal ihtiyaç*” ve “*orantılılık*” şartları da yeterli bir denetime tabi olmamaktadır. Zira Mahkeme kararlarında, baskın toplumsal ihtiyacın olup olmadığını, davanın koşulları kapsamında somutlaştırmamakta, münhasıran başkalarının dini duygularına saygıyı, baskın toplumsal ihtiyaç olarak tanımlamaktadır.

4) Mahkeme, “*dini inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme*” hususunu Sözleşme’nin 9. maddesinde yer alan din özgürlüğüne ilişkin haklar arasında görmekte ve önüne gelen davalarda somut olayı, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*başkalarının haklarının korunması*” meşru amacı kapsamında değerlendirmektedir. Bu anlamda inceleme konumuz kapsamında İHAM’nin arasında belli bir denge oluşturmaya çalıştığı haklar, düşüncüyü ifade özgürlüğü ve din özgürlüğü olmaktadır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, başkalarının dini duygularına saygı gösterilmesi hususunun, dava konusu olayın özelliklerine göre daha da somutlaştırılması, bu anlamda örneğin ifade edilen düşüncenin, başkalarının Sözleşme’nin 9. maddesinde belirtilen, bir dine inanma, inandığı dinin gerektirdiği ibadet, ayin ya da uygulamaları yerine getirmesini engelleyecek ya da zorlaştıracak elverişlilikte olması gerekmektedir. Diğer yandan, eğer söz konusu düşüncenin ifadesinin sınırlandırılması, Mahkeme’nin bazı kararlarında belirttiği üzere, dini barışın sağlanması ve bu anlamda kamu barışı ve düzeninin korunması amacını taşımakta ise, çözümün yine İHAM’nin “*Demokratik bir toplumda, gerilimlerin ortaya çıkması, çoğulculuğun, bir başka ifadeyle serbest tartışma ortamının kaçınılmaz sonuçlarından biridir. Bu nedenle, yetkili makamların görevi, çoğulculuğa son vererek gerginliğin nedenini ortadan kaldırmak değil, aksine rekabet eden grupların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamaktır.*” görüşüyle sağlanması gerekmektedir¹¹⁰². Bu nedenle

¹¹⁰² Ouranio Toxo ve Diğerleri v. Yunanistan, 20.10.2005, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 15.11.2016).

doğrudan bir kişi ya da topluluğa karşı, bu kişi ya da topluluğun benimsediği din ya da inançlar nedeniyle aşağılanması/tahkir edilmesi ile doğrudan bir dinin ya da dini değerin aşağılanması/tahkir edilmesi fiilleri arasındaki ağırlık farkı ve toplumda yaratacağı etki dikkate alınmalı ve bu anlamda kamu güvenliğinin bozulması bakımından, “açık ve yakın tehlike”nin temel alınarak, bir yorum şekli geliştirilmelidir.

5) Mahkeme, bir dinin yahut inanılan ya da kutsiyet addedilen değerlerin reddedilmesi, varlığının sorgulanması, toplumsal yaşantı içerisinde sebep olduğu olumsuz etkilerin ifade edilmesi gibi hususları “başkalarının haklarının korunması” kapsamında müdahaleye layık görmemekte, ancak ifadenin içeriğinin müstehcen, cinsel içerikli ya da küfürlü olması halinde sınırlandırılmasını haklı görebilmektedir. Bu anlamda bir dini ya da dini değerleri aşağılama/tahkir, belirttiğimiz kapsamda gerçekleştiğinde, başkalarının Sözleşme’nin 9. maddesindeki haklarının ihlal edildiği kabul edilebilmekle birlikte bazen de bu kapsamda değerlendirilmemektedir.

Bu hususta İ.A v. Türkiye davasında İHAM, “Hatta bu sözlerin bir bölümü ‘Ayşe’nin koynunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz...” ifadelerinden dolayı Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediği kararına hükmederken, Tatlav v. Türkiye davasında “O Allah ki, zina suçuna kaç sopa cezası verileceğini, hırsızın vücudunun hangi organının kesileceğinden, zavallı Ebu Leheb’in perçemine kadar her konuya karışmaktadır... Kendisinden öncekilere benzer olarak ve peygamberliğinin kanıtlanmasını isteyen kişiler önünde sunduğu tamamen saçma ve mantık kurallarına aykırı ayetlerle Muhammed, rüyalarının gerçek olduğunu ileri sürmektedir... İslam’ın kurucusu bazen cihat ilan etmekte, bazen de hoşgörülü bir davranış sergilemektedir. Temel politikasını ise şiddet oluşturmaktadır... Görülecektir ki Kur’an, insanlar tarafından ticaret, kadın erkek ilişkileri, kölelik ve cezalar üzerine çok daha önce yazılmış kitaplardan daha ilkel, hiçbir derinliği olmayan ve bezdirici tekrarlardan ibaret bir kitaptır.” ve Giniewski v. Fransa davasında, “Papa’nın yazdığı tamimde belirttiği, eski Ahit’in yeni Ahitle tamamlanması ve yenisine üstünlük tanınması doktrini, Jules Isaac tarafından çok önceden Yahudi aleyhtarlığının gelişiminin bir unsuru olarak ortaya konulduğu üzere, Yahudileri küçümseme/aşağılama öğretisini yayan bir doktrindir. Bu nedenle söz konusu doktrin, Yahudi aleyhtarlığına neden olmakla birlikte Auschwitz fikri ve uygulamalarının tohumu

olmuştur.” ibareleri bakımından yazarların mahkûm olmasını, Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı bulmuştur. Oysa Tatlav v. Türkiye davasında, söz konusu kitapta da Hazreti Muhammed’in politikasının temelinde şiddet bulunduğu, ayetlerin saçma ve mantık kurallarına aykırı olduğu, Allah’ın her şeye karıştığı, Kur’an’ın ilkel, derinliği olmayan bir kitap olduğu ve yine *Giniewski v. Fransa* davasında, soykırımın temeli olan bir doktrinin Papa tarafından savunulduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda İHAM’ın kullandığı “*dini inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkı*” genel gerekçesi kapsamında, bir reddin ya da eleştirinin ötesinde “*aşağılama/tahkir*” kapsamında olarak değerlendirilebilecek ifadeler, düşünceyi ifade özgürlüğü korumasından yararlanmıştır.

İlk davada kullanılan ifadeler ile diğer davalarda kullanılanlar arasında bir ağırlık farkının olduğu kabul edilebilir olmakla birlikte, *İ.A. v. Türkiye* davasında kitabın basım sayısı ve bu anlamda yayılma genişliği, diğer yandan ise hiç kimsenin böyle bir kitabı okumak veya satın almak, yazılan düşünceleri kabul etmek, inanmak, savunmak ya da söz konusu düşüncelerin gerektirdiği şekilde yaşamak zorunda olmaması veya bu şekilde yaşamaya zorlanmaması ve dolayısıyla gerçek anlamda din özgürlüğünün zorlama, baskı yahut tehditle ihlal edilmemesi nedeniyle, sınırlama orantılı görünmemektedir.

Sonuç olarak, incelediğimiz davalar kapsamında İHAM’nin, genel olarak düşüncenin ifadesi bakımından kabul ettiği şekilde toplumsal tartışma ortamının şekillenmesi ve karşıt düşüncelerin karşılıklı argümanlar sunmak suretiyle çürütülmesi fikrini, bir dinin ya da dini değerın aşağılanması bakımından daha dar olarak yorumladığını ve üye devletlerin takdir yetkisine daha geniş bir yer sağladığını ifade etmek mümkündür. Söz konusu yaklaşım, Tatlav, Klein ve Gıniewski davalarında, düşünceyi ifade özgürlüğünden yana bir tavrın gelişmesi anlamında değişmiş gibi görünse de Mahkeme’nin gerekçelerinin bu güvenceyi tam anlamıyla sağlamadığı ifade edilebilir. Zira yukarıda da ayrıntılı bir biçimde ele aldığımız üzere Mahkeme gerekçelerini, Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamındaki hakların kapsamı, kullanım ve ihlal şekilleri ile bir dinin ya da dini değerin aşağılanması/tahkir edilmesi arasındaki nedensellik bağı ile açıklamamakta, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlalini, ifade edilen düşüncelerin doğrudan bir “*şahsa*” yöneltilmesiyle açıklamaktadır. Bu kapsamda Mahkeme’den beklenen, *Klein v. Slovakya* davasında ifade ettiği “*Başvuranın makalesi, inananların dinlerini ifade etme veya ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmemiş, onların dini inançlarının mahiyetlerini yermemiştir.*” gerekçesi bakımından, bir düşüncenin ifadesinin ne zaman “*inananların dinlerini ifade etme veya*

ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale” oluşturacağını açıklığa kavuşturmasıdır. Eğer İHAM, bu gerekçeyi Sözleşme’nin 9. maddesinde belirtilen hakların kullanılmasının engellenmesi ya da zorlaştırılması anlamında kullanıyor ise, o zaman söz konusu gerekçenin, düşüncenin ifadesi salt bir “*şahsa*” yöneldiğinde değil, genel anlamda bir din ya da dini değere yöneldiğinde de kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

IV. SUÇ TİPİNİN BENZER DÜZENLEMELERLE MUKAYESESİ

A. İnanç Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme Suçu

İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçu, TCK’nun “*Özel Hükümler*” kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Hürriyete Karşı Suçlar*” başlığı altında yedinci bölümünde ve 115. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1)Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkra göre cezaya hükmolunur.

(3)Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.”

5237 sayılı Kanun’un 115. maddesinin 1. fıkrasında, bireylerin dini, siyasi, sosyal, felsefi nitelikteki inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğü koruma altına alınmıştır. İkinci fıkra ise korunan hukuki değer, birinci fıkra koruma altına alınan inançsızlık ya da inanç sahibi olma ve bu anlamda bir dine katılma arasında bir seçim yapma özgürlüğünün (inanç/vicdan özgürlüğü) bir uzantısı şeklinde tezahür eden ve kapsamına bireysel yahut toplu olarak o dinin gereklerini yerine getirme özgürlüğünü alan ibadet özgürlüğüdür¹¹⁰³. Üçüncü fıkra ise, yine 1. ve 2. fıkra koruma altına alınan özgürlüklerin “*inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihler*” kapsamında ve

¹¹⁰³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 406, 409.

aslen 1. ve 2. fıkranın tekrarı mahiyetinde, korunduğunu ifade etmek mümkündür. Bu anlamda, maddeyi inceleme konumuzun sınırları kapsamında salt dini inanç temelli olarak ele aldığımızda, diğer özgürlüklerin yanında “*din özgürlüğünün*” korunan hukuki değer olarak belirlenmesi mümkündür.

Dini değerleri aşağılama suçu bakımından ise, suç ile korunmak istenen hukuki değer, kamu barışıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde bu suç tipi ile din özgürlüğünün de korunduğu ifade edilmektedir. Din özgürlüğüne ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde daha ayrıntılı olarak değinecek olmakla birlikte biz, gerek din özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan fiiller kapsamında “*alenen aşağılama*”nın girmesinin mümkün olmaması ve gerek ise, kişi ya da toplulukların doğrudan kendisine değil de benimsedikleri dini değere yönelik aşağılama niteliğindeki fiillerin din özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşündüğümüzden, bu suç ile korunmak istenen yegâne hukuki değer, kamu barışı olduğunu düşünmekteyiz.

Diğer bir farklılık, suç teşkil eden fiillerden kaynaklanmaktadır. Nitekim 115. maddede suç teşkil eden fiiller, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle din özgürlüğünün kullanılmasının engellenmesiyle, dini değerleri aşağılama suçunda “*alenen aşağılama*” olarak öngörülmüştür.

Bir diğer husus, TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrası bakımından mağdur, halkın belirsiz sayıda bir kesimi olarak ortaya çıkmaktayken, TCK’nun 115. maddesinde mağdur dini inancının gereğini yerine getiren veya bireysel ya da toplu olarak ibadet veya ayin yapan¹¹⁰⁴ yahut inançsızlık ya da inanç sahibi olma ve bu anlamda bir dine katılma arasında bir seçim yapma özgürlüğü ihlal edilen kimsedir.

İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Söz konusu suçta saikin bir önemi bulunmadığından, suçun oluşması için genel kast yeterlidir¹¹⁰⁵. TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrasının bakımından ise, özel kastı işaret eden bir ibare bulunmaktaysa da kanaatimizce madde metninin kaleme alınış şekli ve suçun yapısı, özel kastın aranmasını gerekli kılmaktadır. Zira düşüncemiz, suç tipiyle bizi “*dini değerlerin*” değil, bu değerleri benimseyen halk kesiminin dolaylı bir şekilde aşağılanması suretiyle kamu barışının korunmasının amaçlandığıdır.

¹¹⁰⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 413.

¹¹⁰⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 416.

B. Nefret ve Ayrımcılık Suçu

Nefret ve ayrımcılık suçu, TCK'nun özel hükümler kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Hürriyete Karşı Suçlar*” başlıklı yedinci bölümünde ve 122. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre,

“(1)*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;*

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

TCK'nun 216 maddesinin 1 ve 2 fıkrasına ilişkin açıklamalarda bulunduğumuz kısımda da belirttiğimiz üzere, dini değerleri aşağılama ile nefret ve ayrımcılık suçları TCK'nun farklı kısım ve bölümlerinde düzenlenmiş olsalar da korudukları hukuki değerlerin “*kamu barışı*” noktasında birleştiklerini ifade etmek mümkündür. Zira dini değerleri aşağılama suçunda suç teşkil eden fiil “*alenen aşağılama*” ve nefret ve ayrımcılık suçunda ise “*bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının, bir kişinin işe alınmasının ve bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi*” olarak farklılık arz etse de her iki suç tipi de suçun, madde metinlerinde sayılan bir takım özelliklerden kaynaklı olarak işlenmesini gerektirmektedir.

Dini değerleri aşağılama suçunda söz konusu özellik, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler olarak belirlenmişken, nefret ve ayrımcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep olarak öngörülmüştür. Diğer yandan, dini değerleri aşağılama suçunda mağdur, benimsediği dinin değerleri aşağılanan halk kesimi iken, nefret ve ayrımcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhebe dayanan özellikler taşıyan herhangi bir kimsedir¹¹⁰⁶. Bu anlamda TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrası bakımından

¹¹⁰⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 472.

mağdur, halkın belirsiz sayıda bir kesimi olarak ortaya çıkmaktayken, TCK'nun 122. maddesinde mağdur, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep bakımından farklı özelliklere sahip halk kesiminin bir üyesidir.

Her iki suçun da manevi unsuru kast olmakla birlikte, nefret ve ayrımcılık suçunda kanun koyucu, failin belli bir saikle hareket etmesini de aramıştır. Bu kapsamda nefret ve ayrımcılık suçunun, “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle*” işlenmesi gerekmektedir¹¹⁰⁷. Dini değerleri aşağılama suçunda ise kanun koyucu, madde metninde böyle bir saike yer vermemiştir. Suçun manevi unsuruna değindiğimiz kısımda da ifade ettiğimiz üzere, TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasında özel kastı işaret eden bir ibare bulunmaktaysa da kanaatimizce madde metninin kaleme alınış şekli ve suçun yapısı, özel kastın aranmasını gerekli kılmaktadır.

C. Kişinin Mensup Bulunduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle Hakaret Suçu

Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret suçu, TCK'nun “*Özel Hükümler*” kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Şerefe Karşı Suçlar*” başlıklı sekizinci bölümünde ve 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde “*Din Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar*” arasında yer verilen bu hal, 5237 sayılı TCK'nda hakaret suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür¹¹⁰⁸.

Buna göre hakaret suçunun “*Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.*”

Dini değerleri aşağılama ve kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret suçu arasında, korunan hukuki değerler bakımından bir benzerlik olduğunun ifade edilmesi mümkün olabilir. Zira bireyin inandığı kutsal değerlerden bahisle hakaret suçunun mağduru olması halinde, hem bu kişinin din özgürlüğünün hem de onurunun incitildiği kabul edilmektedir¹¹⁰⁹. Benzer şekilde dini

¹¹⁰⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 473.

¹¹⁰⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 493, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 496, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Ruhan, ÖNOK, Murat R., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 554.

¹¹⁰⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 493.

değerleri aşağılama suçu ile korunmak istenen hukuki değer de çift yönlü olduğu üzerinde durulmaktadır. Nitekim ileride ifade edeceğimiz üzere, 216. maddenin 3. fıkrası ile hem kamu barışının hem de madde metninde adı geçen halk kesiminin din özgürlüğünün korunmak istendiği kabul edilmektedir¹¹¹⁰.

Dini değerleri aşağılama suçunda mağdur, benimsediği dinin değerleri aşağılanan halk kesimi iken, kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden hakaret suçunda benimsediği dine göre kutsal kabul edilen değerlere hakaret edilen herhangi bir kimsedir. Bu anlamda TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrası bakımından mağdur, halkın belirsiz sayıda bir kısmı olarak ortaya çıkmaktayken, TCK'nun 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde mağdur, bir dine inanan halk kesiminin bir üyesidir¹¹¹¹.

Diğer yandan, TCK'nun 125. maddesi bakımından suç teşkil eden fiil, “hakaret” olarak öngörülmüşken, 216. maddenin 3. fıkrası bakımından “alenen aşağılama” olarak düzenlenmiştir. Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunda, aşağılama fiiline ilişkin yaptığımız açıklamalarda ifade ettiğimiz üzere biz, tahkir, tezyif ve aşağılama fiilleri arasında bir anlam farkı olduğunu düşündüğümüzden, her aşağılama niteliğinde olan fiilin hakaret kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak kanun koyucu, madde gerekçesinde, aşağılama kavramını tahkir anlamında kullandığını ifade etmiş olduğundan, 216. maddenin 2. ve 3. fıkraları kapsamında “aşağılama” fiilinin, “tahkir/hakaret” olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bir diğer husus aleniyetin, dini değerleri aşağılama suçunun unsuru olması halidir. Başka bir ifadeyle, 216. maddenin 3. fıkrasında suç teşkil eden fiil, “aşağılama” değil “alenen aşağılama”dır. Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret suçunun oluşabilmesi için ise, hakaretin alenen gerçekleştirilmiş olması gerekmez. TCK'nun 125. maddesinin 4. fıkrası gereğince aleniyet, hakaret suçunun cezasını artıran bir diğer nitelikli halidir.

¹¹¹⁰ ARTUK/ALŞAHİN, s. 993, 994.

¹¹¹¹ Yarg. 23. C.D., 2015/13711 E., 2015/2550 K., 15.06.2015, Yarg. 18. C.D., 2015/25268 E., 2015/1237 K., 11.05.2015, Yarg. 15. C.D., 2014/12809 E., 2015/24271 K., 27.04.2015, Yarg. 18. C.D., 2015/903 E., 2015/612 K., 27.04.2015, Yarg. 18. C.D., 2015/1161 E., 2015/155 K., 14.04.2015, Yarg. 4. C.D., 2014/39886 E., 2015/2153 K., 26.01.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

Dini değerleri aşağılama suçunda kanun koyucu, halkın bir kesiminin benimsediği “*dini değerler*”in alenen aşağılanmasına ilişkin bir düzenleme getirmişken, TCK’nun 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde, hakaretin mensup olunan dine göre “*kutsal sayılan değerler*”den bahisle işlenmesi haline yer vermiştir. Suçun konusuna ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda belirttiğimiz üzere biz, “*dini değerler*” ile “*dine göre kutsal sayılan değerler*” kavramları arasında esaslı bir farklılık olmadığını düşündüğümüzden, iki suç tipi arasında bu anlamda bir farklılığın olmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak, her iki suçun manevi unsur bakımından benzerlik gösterdiği ifade edilebilir. Zira her ne kadar her iki suç tipini düzenleyen madde metinlerinde özel kastı işaret eden bir ifade bulunmasa da özellikle 765 sayılı TCK döneminde, gerek doktrinde ve gerek ise Yargıtay kararlarında suçun genel kastla mı yoksa özel kastla mı işlenebileceğine ilişkin çeşitli tartişmalar bulunmaktadır¹¹¹². Kanaatimizce, gerek dini değerleri aşağılama ve gerek ise kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret suçunun yapısı gereği, failin kutsal değerlere hakaret yahut dini değerleri aşağılama kastı ile hareket etmesi gerekmektedir.

D. İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, TCK’nun “*zel Hükümler*” kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı onuncu bölümünde ve 153. maddesinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde ise, söz konusu suça, “*Din Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlar*” başlığı altında ve 177. maddesinde yer verilmiřtir¹¹¹³.

Söz konusu suçun, inceleme konumuzla bağlantısı, madde metninde sayılan yapı ya da eşyalara zarar verilmesi suretiyle dini değerleri aşağılama suçunun da oluşabilme olasılığından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, halkın bir kesimini aşağılama suçu bakımından bizim asıl olarak değinmek istediğimiz husus, 153. maddenin 1. ve 2. fıkralarıdır.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme başlıklı 153. maddeye göre,

“(1)İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak

¹¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 392 vd.

¹¹¹³ ARTUK, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, s. 494, ALşAHİN, s. 113, 114.

yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

153. maddenin 1. ve 2. fıkrası ile korunan hukuki değer karma bir nitelik arz etmektedir. Zira bu suçla hem malvarlığı hakları hem de din özgürlüğü korunmak istenmektedir¹¹¹⁴. Kanun koyucunun, belirli yerlere ya da bu yerlerde bulunan eşyaya zarar verilmesi halini cezalandırılması, bizatihi o yerin kendisinin yahut eşyanın bulunduğu yerin niteliğinden kaynaklanmaktadır¹¹¹⁵. Esasen söz konusu suçun, mala zarar verme suçunun nitelikli bir hali olarak, malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olması da bu görüşü desteklemektedir. Diğer yandan kanaatimiz, 153. maddenin 1. ve 2. fıkralarının koruduğu hukuki değer, din özgürlüğü olduğu ancak bunun gerekçesinin o dine inananların dini duygularının rencide edilmesi olmadığıdır. Düşüncemiz, 153. madde kapsamında din özgürlüğünün korunmasının temel gerekçesinin bu maddede sayılan fiillerin, din özgürlüğünü kullanmayı zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak nitelikte fiiller olmasından kaynaklandığıdır.

Dini değerleri aşağılama suçu bakımından ise, suç ile korunmak istenen hukuki değer, kamu barışıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde bu suç tipi ile din özgürlüğünün de korunduğu ifade edilmektedir. Din özgürlüğüne ilişkin açıklamalar yaptığımız bölümde daha ayrıntılı olarak değinecek olmakla birlikte biz, gerek din özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan fiiller kapsamında “*alenen aşağılama*”nın girmesinin mümkün olmaması ve gerek ise, kişi ya da toplulukların doğrudan kendisine değil de benimsedikleri dini değere yönelen aşağılama niteliğindeki fiillerin din özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşündüğümüzden, bu suç ile korunmak istenen yegâne hukuki değer, kamu barışı olduğunu düşünmekteyiz.

Dini değerleri alenen aşağılama suçu bakımından suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*” olarak öngörülmüştür. İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunun 1. ve 2. fıkrasında ise suç teşkil eden fiil, ibadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların

¹¹¹⁴ ALŞAHİN, s. 115.

¹¹¹⁵ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 31, ARTUK, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, s. 493.

korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara zarar vermektir. Söz konusu zarar ise, yıkmak, bozmak, kırmak veya kirletmek suretiyle ortaya çıkmalıdır¹¹¹⁶.

İki suç arasındaki bir diğer farklılık, manevi unsurdan kaynaklanmaktadır. Nitekim ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, failde özel bir saik olmasını gerektirmeyen ve genel kastla işlenebilen bir suçtur. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere, zarar verme fiilinin cezalandırılması bizatihi yapının kendisinden ya da eşyanın veya bulunduğu yerden kaynaklanmaktadır¹¹¹⁷. Oysa dini değerleri aşağılama suçu, yapısı gereği, failin dini değerleri aşağılama kastı ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu anlamda kanaatimiz, 153. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki fiilin, alenen ve özel bir saikle işlenmesi halinde dini değerleri aşağılama suçunun oluşacağıdır.

E. Halkın Bir Kesimini Din Farklılığına Dayanarak Alenen Aşağılama Suçu

Halkın bir kesimini aşağılama suçu, 5237 sayılı TCK'nun “Özel Hükümler” kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde ve “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama” başlıklı 216. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

Dini değerleri aşağılama suçu ile aynı maddede yer alan düzenlemeye göre, “*Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Her iki düzenlemeyle de korunmak istenen hukuki değer kamu barışı olmakla birlikte, 216. maddenin 2. fıkrasında halkın bir kesiminin din farklılığına dayanarak alenen aşağılanması, 3. fıkrasında ise halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması suç olarak düzenlenmiştir. Böylece, halkın bir kesiminin aşağılanması suçunda suç, halkın bir kesiminin aşağılanması ile oluşmaktayken, dini değerleri aşağılama suçunda aşağılama fiili dini değerlere yönelmektedir.

Her iki suç tipinde de suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*”dır. Ancak, 216. maddenin 3. fıkrasında aşağılamanın kamu barışını bozmaya elverişli olması aranmaktayken, 2. fıkrada aşağılama fiili bakımından böyle bir özelliğe yer verilmemiştir.

¹¹¹⁶ Yarg. 2. C.D., 2015/16208 E., 2015/19664 K., 03.11.2015, Yarg. 15. C.D., 2014/9799 E., 2015/23763 K., 15.04.2015, Yarg. 15. C.D., 2014/3063 E., 2015/21810 K., 03.03.2015, Yarg. 15. C.D., 2013/32847 E., 2015/20515 K., 16.02.2015, Yarg. 15. C.D., 2013/32754 E., 2015/15227 K., 11.02.2015, Yarg. 15. C.D., 2013/19553 E., 2014/10086 K., 21.05.2014, Yarg. 15. C.D., 2012/9-1470 E., 2013/233 K., 30.04.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

¹¹¹⁷ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 31,

Bir diğ er husus, halkın bir kesiminin aşağılanması suçunda, suçun oluşabilmesi için din farklılığına dayanarak aşağılamanın gerçekleştirilmesi gerektiğ idir. Oysa dini değ erleri aşağılama suçunun oluşabilmesi için, halkın bir kesiminin benimsediğ i dini değ erlerin din farklılığına dayanarak aşağılanması aranmamaktadır. Bu nedenle, suçun faili ile mağdurunun, mutlaka halkın din bakımından farklı kesimlerine mensup olmalarına da gerek yoktur. Kişinin, kendi inandığı değ erleri aşağılaması halinde de dini değ erleri aşağılama suçunun oluşması mümkündür¹¹¹⁸.

Gerek halkın bir kesimini aşağılama ve gerek ise dini değ erleri aşağılama suçunun manevi unsuru özel kastır. Zira ileride daha ayrıntılı ifade edeceğ imiz üzere, her iki suç tipinde de suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğ u özellikler, suçun genel kast ile işlenmesini yetersiz kılmaktadır.

Her iki düzenleme bakımından, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli hal olarak öngörölmüş tür.

V. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

A. Almanya

1971 Tarihli Alman Ceza Kanunu'nun (ACK) 166. maddesine göre, “*Her kim, alenen veya yazı yayarak, kamusal barışı bozmaya elverişli bir şekilde, başkasının din veya ideolojisine hakaret ederse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılır.*

*Her kim, alenen veya yazı yayarak, yurt içinde mevcut bir kilise veya diğ er bir dini cemaate veya ideoloji topluluğ una, bunlara ait kuruluşlara veya bunların adetlerine, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde hakaret ederse, aynı ceza ile cezalandırılır.*¹¹¹⁹”

1969 yılında ACK’nda yapılan reform ile 166. maddenin koruduğ u hukuki değ erin, “Tanrı” ya da “*kişilerin dini duyguları*”ndan ziyade kamu düzeninin olduğ u açık bir şekilde ifade edilmiştir¹¹²⁰. Zira Alman Anayasası’nın 4. maddesi, dinin kendisini değ il, din özgürlüğ ünü koruma altına almaktadır. Diğ er yandan “*dini duygular*” kavramı, öylesine

¹¹¹⁸ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değ erleri Aş ağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 1000.

¹¹¹⁹ http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1478, Kanun’un İngilizce çevirisi Prof. Dr. Michael Bohlander tarafından 2013 yılında yapılan değ iş iklikleri de iç erecek şekilde 2015 yılında yapılmıştır. (Eriş im Tarihi: 10.01.2016), YENİSEY/PLAGEMANN, 2015, s. 261,262.

¹¹²⁰ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Germany, s. 370, 375.

kişisel veya sübjektif niteliktedir ki, bir suçun koruduğu hukuki değerin, soyut, genel ve objektif olma özelliklerinden yoksundur¹¹²¹.

Söz konusu madde, basın-yayın ya da internet yoluyla işlenenler de dâhil olmak üzere, suç teşkil eden fiillerin aleni konuşmalar ya da yayınlar kapsamında işlenmesini gerektirmektedir. Dini inançları aşağılama fiili kapsamında 166. madde nedeniyle hakkında soruşturma açılan gruplar ise genellikle, eşcinsel aktivistler, sanatçılar, karikatüristler ve naziler olmakla birlikte, sanat özgürlüğünün söz konusu olduğu hallerde ve ciddi anlamda dini duyguların rencide edilmesi söz konusu olmadıkça, yargı organları bu madde kapsamında oldukça nadir mahkûmiyet hükmü kurmaktadır¹¹²².

Belirtmek gerekir ki, ACK'nun 130. maddesi ile 166. maddesi arasında, suç tipleri bakımından oldukça benzerlik olduğu ve 166. madde kapsamında cezalandırılan fiillerin zaten nefret söylemlerine ilişkin düzenlemeler getiren 130. madde kapsamında cezalandırılabilmesi ifade edilmektedir. Bu kapsamda, 166. maddenin kaldırılması ve bu tür söylemlere ilişkin 130. maddenin uygulanması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Zira 130. madde hâlihazırda, Almanya'daki farklı dini toplulukların barış içerisinde yaşamasını temin etmektedir¹¹²³.

Diğer yandan, dini inancın aşağılanması fiili, ceza hukuku araçlarıyla karşılanan bir fiil olarak öngörülmüş olmakla birlikte, bu konuda özel olarak ayrıca idari ya da medeni hukuk düzenlemeleri öngörülmemiştir. Bu anlamda, tazminata ilişkin bir talep söz konusuysa, bu tür suçların “*insan onuru*”nu zedeleyen bir niteliği olması nedeniyle, bireylerin, işlenen suç ile manevi bir zarara uğradıklarını iddia etmek suretiyle Medeni Kanun'un 253. maddesine ve tazminata ilişkin genel hükümlere göre zararlarının karşılanmasını talep edebilmeleri mümkündür¹¹²⁴.

Anayasal açıdan ise, eyaletler kapsamında yasal olarak addedilen her tür dini topluluğun, koruma kapsamında olduğunu ve aynı zamanda Anayasa'nın düşünceyi ifade özgürlüğü, din ve ideolojik görüş temelli ayrımcılık yasağı, dini eğitim özgürlüğü ve basın-yayın özgürlüğünü de garanti altına aldığını ifade etmek mümkündür. Basın-yayın özgürlüğü Anayasa'nın 5. maddesinde garanti altına alınmış olmakla birlikte, ACK'nun

¹¹²¹ **HILLGRUBER, Christian**, Legal Limits of a Permissible Criticism of Religion, German Law Journal, Vol. 17, No. 02, 2016, s. 269.

¹¹²² **EUROPEAN PARLEMENT STUDY**, Germany, s. 370, 375.

¹¹²³ **EUROPEAN PARLEMENT STUDY**, Germany, s. 370, 371.

¹¹²⁴ **EUROPEAN PARLEMENT STUDY**, Germany, s. 370, 371, 372.

166. maddesinde gösterilen fiillerin, basın-yayın ya da internet aracılığıyla işlenmesi halinde, ceza kanunu hükümlerine başvurulabilmektedir. Diğer yandan, basın-yayın organlarına karşı yapılan şikâyetleri değerlendirmekle görevli olan Alman Basın Konseyi de yapılan yayının, Basın Kanunu'nun 10. maddesi gereğince, bir dini, inancı ya da felsefi görüşü aşağılayıp aşağılamadığını, yapılan şikâyet üzerine, soruşturabilmektedir. Konseyin, yaptığı bu idari soruşturmayı, ceza soruşturmasıyla paralel bir şekilde yürütmesi de mümkündür. Soruşturma süreci, şikâyetin yazılı bir şekilde Konsey'e sunulmasıyla başlamakta, şikâyet ciddi görülür ise, Konsey'in yazı işlerinden savunma istemesiyle devam etmektedir. Eğer Konsey, Basın Kanunu hükümlerinin ihlal edildiği kanaatine varır ise, zorunlu olarak düzeltme yazısı yayınlanması, kınama ya da uyarı gibi yaptırımlara başvurulabilmektedir¹¹²⁵.

B. Avusturya

TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeye benzer bir düzenleme, 1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nun (Av.CK) “Özel Hükümler” kitabının 8. bölümünde ve “Dini Değerlerin Aşağılanması” başlığı ile 188. maddesinde düzenlenmiştir.

Av.CK'nun 188. maddesine göre, “Bir kimseyi ya da dini bir değeri yahut ulusal olarak tanınmış bir kilise, dini topluluk, dini öğretisi veya dini geleneği alenen ve haklı bir rahatsızlık yaratmaya elverişli olacak şekilde aşağılayan kimse, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya üç yüz altmış güne kadar para cezasıyla cezalandırılır.”

Belirtmek gerekir ki, Av.CK'nun 188. maddesinde, kanun koyucunun Tanrı ya da dini herhangi bir figürü korumak gibi bir amacı yoktur. Kanun koyucunun, toplumsal dinsel barışın tesisi için, söz konusu hükümle korumak istediği hukuki değer, bireylerin dini duyguları ve onurlarıdır¹¹²⁶. Yukarıda ifade edildiği üzere, 188. madde ile işlenen fiilin karşılığında, seçenekli olarak para cezası ya da hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüş olmakla birlikte, bu madde çok nadir olarak başvuru ve soruşturma açılan bir maddedir.

¹¹²⁵ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Germany, s. 370, 373, 374.

¹¹²⁶ Nitekim 32 kişinin katılımıyla gerçekleştirilen “İslam Seminerleri” derslerinde, Hz. Muhammed'e ilişkin yaptığı açıklamaların, infial yaratma elverişliliği olması gerekçesiyle, yerel mahkeme tarafından hakkında 480 euro para cezası ve 60 gün hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilen başvurana ilişkin temyiz incelemesinde Avusturya Yüksek Mahkemesi, dava konusu olaylarda kullanılan ifadeler, şok ve provoke edici özelliklerinin ötesinde dini topluluklara yönelik tahkir nitelikli bir saldırı özelliği barındırmaktadır. Kaldı ki Mahkeme'ye göre, başvuranın düşüncesi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının gerekçesini, başkalarının dini inançları ve toplumdaki dinsel barışın korunması oluşturmaktadır. Davada, başvuranın, Hz. Muhammed'in cinsel tercihlerine yönelik bir takım düşünce açıklamalarında bulunması, İslam dini hakkında yapılan bir tartışmaya objektif olarak katkı sağlayabilecek türden değildir. EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Austria, s. 365.

Diğer yandan, suçun işlenmesinde “aleniyet” bir unsur olarak öngörülmüş olduğundan, fiilin, basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde de 188. maddeye başvurulması söz konusu olmaktadır¹¹²⁷. Söz konusu maddeye dayanılarak açılan davalarda, maddi bir zararın ortaya çıktığının kanıtlanması üzerine, tazminat talep etmek hakkı bakımından özel hukuk hükümlerinin de uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bu gibi hallerde, ya ceza hâkimi tazminata ilişkin de bir karar vermekte ya da davayı ilgili mahkemeye göndermektedir¹¹²⁸.

C. Belçika

İnceleme konumuza benzeyen nitelikte bir suç tipi, 1867 Tarihli Belçika Ceza Kanunu’nun (BCK) “Özel Hükümler” kitabının “İbadet Özgürlüğüne Karşı Suçlar” başlığı altında ve 144. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeye göre, “Bir dini nesnenin ibadethanede ya da genel olarak ibadet yapmak için kullanılan bir yerde veyahut dini bir topluluğun kamuya açık bir töreni sırasında aşağılanması halinde, fiili işleyen kişi, on beş günden altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve yirmi altı eurodan beş yüz euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.”

Diğer yandan, Kanun’un 145. maddesi, bir din görevlisinin aşağılanmasını suç olarak düzenlemektedir, 142. ve 143. maddeler, ibadet ve inanç özgürlüğünün engellenmesine yönelik fiillerin cezalandırılacağını öngörmektedir. 146. madde ise, bu maddeler kapsamında gerçekleştirilen saldırıların ölüm, yaralanma ya da bir hastalığa neden olması halinde cezanın arttırılacağını düzenlemektedir¹¹²⁹.

BCK dışında, dine/dini değerlere hakaret kapsamında değerlendirilebilecek bir düzenleme olmamakla birlikte, 2003 yılında din temelli ayrımcılık ve nefret söylemlerine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapıldığını ifade etmek mümkündür. Ancak bu düzenlemelerin yasalaşması esnasında, bir yandan dini aşırılıkların tehlikesi ve diğer yandan ise bu tehlikeyle, toplumun karşı ifadeler üreterek mücadele etmesi demokratik gerekliliği hususlarında oldukça yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Ancak yine de Avrupa Birliği 78/2000

¹¹²⁷ Belirtmek gerekir ki, özellikle “Charlie Hebdo” saldırılarından sonra, Avusturya Anayasası’nın 13. maddesinde düzenlenen basının ifade özgürlüğü ile Av.CK’nun 188. maddesinin birbiriyle çelişkili olduğu belirtilmiş, gazeteciler, basın temsilcileri, politikacılar ve sivil toplum örgütleri, söz konusu maddenin miadını doldurmuş ve yürürlükten kaldırılmasının gerekli olduğunu ifade etmişlerdir. Bu nedenle bu kişiler, Av.CK’nun 283. maddesinde düzenlenen ve hedef kişi ya da toplulukların korunması için vücuda getirilen nefrete tahrik hükümlerinin uygulanma alanının genişletilmesi gerektiği ve 188. madde yerine 283. maddenin bu korumayı sağlayacağı üzerinde de durmuşlardır. **EUROPEAN PARLEMENT STUDY**, Austria, s. 362, 367.

¹¹²⁸ **EUROPEAN PARLEMENT STUDY**, Austria, s. 361, 362.

¹¹²⁹ **VENİCE COMMISSION**, s. 242.

sayılı Direktif'i göz önünde bulundurularak, 1993 tarihli Irkçılıkla Mücadele ve Eşit İmkânlar Sağlama Merkezi'nin Kurulması Kanunu'nun kapsamı, 2003 tarihli Ayrımcılık Yasağı Kanun'u ile ırk temelli nefret söylemlerinden din temelli ayrımcılık ve nefret söylemlerine genişletilmiştir. 1993 tarihli Kanun'a 2003 tarihli Kanunla eklenen hükümlerde, din temelli aşağılama ya da dini değerlere hakaret edilmesi gibi düzenlemeler bulunmamakla birlikte, getirilen düzenlemeler daha çok TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteki (nefret, şiddet ya da ayrımcılığa tahrik) fiillerdir. Ancak, bir dinin/dini değerın aşağılanması hususunda, yeni suç tiplerinin yaratılması bakımından olumsuz bir bakış açısının olmadığını da ifade etmek gerekmektedir¹¹³⁰.

Anayasal bakımdan ise, ifade ve din özgürlüğünün aynı maddede düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Nitekim Anayasa'nın 19. maddesine göre, din, ibadet ve herhangi bir konuda düşüncenin ifade edilmesi özgürlüğü Anayasal koruma altında olmakla birlikte, söz konusu özgürlüklerin kullanılması, işlenmiş bir suçun cezalandırılmasını engellemeyecektir. Basın özgürlüğü ise, Anayasa'nın 25. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, basın özgürdür, sansür edilemez ve eser sahipleri ve yayıncılar izin şartına bağlanamaz. Yazarın Belçika'da ikamet ettiği ve bilindiği durumlarda ise, yayıncı ve dağıtıcılar hakkında soruşturma açılmaz¹¹³¹.

D. Danimarka

İnceleme konusu suç tipine ilişkin hükümler, 2005 tarihli Danimarka Ceza Kanunu'nun (DCK) "*Kamu Düzeni ve Barışına Karşı Suçlar*" başlıklı 15. bölümünde ve 140. maddesinde yer almaktadır.

DCK'nun 140. maddesine göre, "*Her kim, meşru bir dini topluluğun öğretilerini ya da ibadetlerini alenen aşağılarsa, para cezası ya da dört aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*"

Söz konusu hüküm, 1930 tarihli DCK'na 1 Ocak 1933 yılında eklenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki 140. maddenin uygulanması çok istisnai durumlarda gündeme

¹¹³⁰ VENİCE COMMISSION, s. 242, 243.

¹¹³¹ VENİCE COMMISSION, s. 243, 244.

gelmektedir. Nitekim 1930'dan bu yana savcıların 140. maddeye göre suçlamada bulundukları sadece üç dava vardır. Zira Kanun'un 266b maddesindeki benzer bir hüküm (TCK 216/2 niteliğinde olan bir hüküm), daha çok uygulama alanı bulmaktadır. Diğer yandan, dikkat edileceği üzere, madde kapsamında hakaret fiiline maruz kalan spesifik bir topluluğa yer verilmemiş olduğu gibi, hakaret fiilini işleyen spesifik bir topluluk da gösterilmemiştir. Böylece, hem dini azınlıklar hem de dini çoğunluklar korunmaya çalışılmıştır. Maddenin ilk düzenlenme amacı, dini hakaretleri engellemek suretiyle devletin resmi kilisesine duyulan saygıyı ve kamu barışını korumak olmakla birlikte, son zamanlarda hâkim görüş, söz konusu hükmün, dini azınlıkları ve kamu barışını koruduğudur. Madde hükmü, basın-yayın yoluyla işlenen (yazılı yayın, radyo, televizyon, internet) fiiller bakımından da uygulanmaktadır. Bu konuda Basın-Yayın Etik Kuralları ek bir takım tedbirler getirmekle birlikte, editör ve yayıncıların da bu nitelikteki fiillerden cezai olarak sorumlu olduklarına ilişkin düzenlemeler öngörmektedir¹¹³². Bunun yanında "Medya Sorumluluk Yasası", basın-yayın organlarına yönelen bir takım şikâyetleri değerlendirmek üzere bağımsız yapıda bir Basın Konseyi öngörmektedir. Söz konusu Konsey'in cezai bir yaptırım uygulama yetkisi olmamakla birlikte, hakkında şikâyet olan basın-yayın kurumunun etik kurallara uymadığını tespit ettiğinde eleştirilerini açıklama ve bu kurumdan Konsey'in kararını zorunlu olarak yayımlamasını talep etme yetkisi vardır.

İnceleme konumuz kapsamında Danimarka'da oldukça ses getirmiş davalardan biri Jyllands-Posten davasıdır. Davaya ilişkin açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, söz konusu davaya konu olaylar TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrası kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olmakla birlikte, adı geçen dava DCK'nun 140. maddesi kapsamında değil 266b maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.

Söz konusu dava, 30 Eylül 2005 tarihinde Danimarka'da yayın yapan Jyllands-Posten isimli bir gazetenin Hz. Muhammed'i tasvir eden 12 farklı karikatür yayınlaması ve Danimarka ve Avrupa'da boykotların, protestoların, bayrak yakma ve elçilik binalarına saldırma olaylarının ortaya çıkması şeklinde gelişmiştir. Bazı Müslümanların söz konusu karikatürlerden rahatsızlık duymasının nedeni, bizatihi Hz. Muhammed'in resmedilmesidir; zira peygamberin bu şekilde resmedilmesi dinen yasaktır. Fakat belirtmek gerekir ki tüm karikatürlerde Hz. Muhammed'in resmedilmesi söz konusu olmamıştır.

¹¹³² EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Denmark, s. 378, 379.

Örneğin karikatürlerden birinde peçeli beş Müslüman kadının “*Peygamber! Aptal ve Kalın Kafalı, kadınları hâkimiyeti altında tutuyor*” tasviri söz konusuyken, bir diğerinde Hz. Muhammed peygamber olarak değil Danimarkalı bir öğrenci olarak resmedilmiştir. Bir diğer Müslüman kesim karikatürlerin aşağılayıcı, küçümseyici ve tüm Müslümanları şiddetle ilişkilendiren üslubundan rahatsızlık duymuştur. Bu karikatürlerden birinde Hz. Muhammed bulutların üzerinde intihar bombacılarını karşılarken “*Durun Durun Bakirelerimiz Tükendi!*” şeklinde resmedilmekteyken bir diğerinde kafasında yanan bomba şeklinde sarık giymişken çizilmiştir. Diğer bir karikatürde ise Hz. Muhammed, öfkeli bir şekilde elinde kılıçla ve iki korkmuş ve sadece gözleri açık olacak şekilde siyah çarşaf giymiş iki kadının önünde dururken resmedilmiştir. Karikatürde kadınların gözleri açıkken, Hz. Muhammedin gözleri siyah bantla kapatılmıştır. Karikatürde, Hz. Muhammedin şiddete hazır ve kadınlara karşı zalim olduğunun resmedildiği gözlemlenmektedir¹¹³³.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu karikatürlerin, belli bir dini topluluk değil de doğrudan bir din ya da dini figür hedef alındığı için nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceğini savunanlar bulunmaktadır. Ancak diğer yandan, demokratik ülkelerde incitilmeme hakkının olmaması nedeniyle düşünceyi ifade özgürlüğünün önemine dikkat çekenler, dini doktrinlerin eleştirilmesinin Müslümanlara karşı nefret tahriki niteliğinde olmadığını savunanlar yahut bu tip karikatürlerin eleştirilebileceğini fakat sansürlenemeyeceğini ifade edenler de bulunmaktadır. Zira bu yazarlar, yasal olarak değil ahlaken haksızlık teşkil edebilecek bu tür çizimlerin, yargısal yolla değil fakat toplumsal kınama yoluyla cezalandırılması gerektiğini savunmaktadırlar¹¹³⁴.

Söz konusu olaylar kapsamında Danimarka makamları ise, karikatürlerle ilgili soruşturmaya yer olmadığına karar vermişlerdir. Zira Danimarka düzenlemeleri her ne kadar Amerikan standartlarına göre düşünceyi ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte de olsa söz konusu karikatürler, DCK’nun 266b maddesinin uygulanması bakımından kamu barışını tehdit altına sokmamıştır. Diğer yandan cumhuriyet başsavcısı Jyllands-Posten gazetesini Danimarka’da düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlarının olduğunu belirtmek ve gazetenin, dini toplulukların “*aşağılama, küçümseme ve alay etme*” fiillerine

¹¹³³ BLEICH, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, s. 113, 116, 117.

¹¹³⁴ BLEICH, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, s. 114, 117.

tahammül etmek zorunda oldukları savunmasının haksız olduğuna değinmek suretiyle uyarıda bulunmuştur¹¹³⁵.

E. Finlandiya

İnceleme konusu suça ilişkin hükümler, 1889 tarihli Finlandiya Ceza Kanunu'nun (FCK) “*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*” başlıklı 17. bölümünde ve “*Din Kutsallığını İhlal*” adı altında 10. kısımda yer almaktadır.

FCK'nun ilgili düzenlemesine göre, “*Her kim, aleni bir biçimde Tanrı'ya hakaret eder ya da aşağılama amacıyla, Dini Özgürlük Yasası'nda belirtilen, bir kilise ya da dini topluluğun kutsal saydığı değerlere hakaret ederse, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezasıyla cezalandırılır.*”

FCK'nun 10. kısmında düzenlenen suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer, dini duygular, din özgürlüğü ve bu anlamda kamu düzeni olduğunu ifade edilmektedir¹¹³⁶.

Finlandiya, devlet ve kilise ilişkilerinin hala birbirine bağlı olduğu bir ülke olup, her ne kadar Anayasa'nın 11. maddesinde din özgürlüğü ve 6. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiş olsa da Finlandiya Evangelist Lüteriyan Kilisesi ile Ortodoks Kilisesi'ne daha az vergi ödeme yükümlülüğü gibi bir takım ayrıcalıkların tanınmış olduğunu söylemek gerekmektedir. Diğer yandan Anayasa'nın 12. maddesi, düşüncüyü ifade özgürlüğünü düzenlemekte ve herkesin bu özgürlüğünü garanti altına almaktadır. Fakat yine Anayasa, düşüncüyü ifade özgürlüğünün, bazı özel sınırlamalara tabi olabileceğini belirtmekte, yargı kararlarında da dine hakaret niteliğindeki ifadelerin düşüncüyü ifade özgürlüğünün istisnasını oluşturduğu görülmektedir¹¹³⁷. Tazminat talep edilmesi gibi özel hukuk araçlarına ise, madde kapsamındaki fiil bakımından başvurulamamaktadır. Tazminata hükmedilmesi genellikle, şahsi bir yaralanma ya da mülkiyetin zarar görmesi söz

¹¹³⁵ BLEICH, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, s. 124.

¹¹³⁶ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Finland, s. 405.

¹¹³⁷ 2012 tarihli bir davanın temelini oluşturan olay, politikacı olmayı amaçlayan sanığın bir web sitesine, savcılarının göçmenlik konusundaki eleştirileri orantısız bir şekilde hedef aldığını ifade ettiği ve uygulanan sansür hakkında suçlamalarda bulunduğu bir yazı postalamasıdır. Söz konusu yazıda sanık, Hz. Muhammed hakkında reşit olmayan bir kadınla evlenmesi hakkında düşüncelere yer vermiş ve İslam'ı pedofiliyle ilişkili bir din olarak tanımlamıştır. Dava önüne gelen Finlandiya Yüksek Mahkemesi ise, düşüncüyü ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasındaki ilişkiye değinerek, düşüncüyü ifade özgürlüğünün, bir dini eleştirme özgürlüğünü de kapsadığına işaret etmiştir. Ancak Mahkeme diğer yandan, düşüncüyü ifade özgürlüğünün, din özgürlüğüne yönelik orantısız saldırılar söz konusu olduğunda, sınırlandırılmasının mümkün olabileceğine de değinmiştir. Mahkemeye göre, ne kadar sert olsa da bir dinin eleştirilmesi mümkün olmakla birlikte, somut olayda kullanılan oldukça ağır aşağılayıcı dil, eleştiri değil, suç işleme kastının olduğunun göstergesidir. FCK'nun 10. kısmında yer alan suç tipinin amaçlarından biri de kişilerin dini duygularını korumak olup, düşüncüyü ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasındaki dengenin her davanın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Finland, s. 408, 409.

konusuysa yahut kişinin hürriyeti, şeref/onuru yahut özel yaşamının gizliliği bir zarara uğramışsa ortaya çıkmaktadır. Zira söz konusu suç, kamu düzenine karşı suçlardan olup, suç konusu fiillerin belirli bir mağdura yönelmesi söz konusu değildir¹¹³⁸.

Aleniyet, suçun bir unsuru olduğundan, basın-yayın yoluyla işlenen suçlar da FCK'nun 10. kısmında düzenlenen suç kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bunun yanında 2003 tarihli 460 sayılı Yasa'ya göre, yazılı, görsel ya da internet yayınından sorumlu olan yayın müdürü de kasten ya da ihmali olarak denetim görevini yerine getirmemişse, bu yayından dolayı cezai olarak sorumludur. Kitle İletişim Araçları Konseyi de bu tür yayınlar bakımından “moral” bir etkiye sahip olabilmektedir. Zira Kitle İletişim Araçları Konseyi ne bir mahkeme özelliğine ne de bir kamu gücüne sahip olup, görevi doğru yayıncılığın (yazılı, görsel, radyo, online) yapılması, düşüncüyü ifade özgürlüğü ve yayın özgürlüğünün sağlanmasını savunmaktır. Bu doğrultuda, Gazetecilik Etik Yasası'na göre söz konusu amaçlara uygun olmayan yayınlar yapıldığında Konsey, bu yayınları soruşturmakta ve ulaştığı görüşü yayını yapan kuruma bildirmektedir. Kurumun ise söz konusu görüşü yayımlama zorunluluğu vardır¹¹³⁹.

F. Fransa

Fransız Ceza Kanunu'nda (Fr.CK) TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasına benzer nitelikte bir hüküm bulunmamakla beraber, dine hakaret kapsamında kabul edilebilecek bir hüküm, Alsace ve Moselle eyaletlerinin yerel ceza kanunlarında, uygulanması bu eyaletlerle sınırlı olan 166. maddesinde yer almaktadır.

Söz konusu düzenlemeye göre, “*Her kim, aleni bir şekilde Tanrı'ya hakaret eder, Hristiyan mezheplerinden birini ya da bir konfederasyon bünyesinde kurulan ve tüzel kişiliği haiz bir dini cemaati veya kurumları yahut törenlerini aşağılar ya da bir kilise veya dini faaliyetler için kullanılan başka bir yerde tahkir edici nitelikte fiiller işlerse, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayla cezalandırılır.*”¹¹⁴⁰

Belirtmek gerekir ki, söz konusu hükmün, geçerliliğini sürdürüp sürdürmediği ve eğer geçerliyse tüm inançları mı yoksa yasal olarak belirlenmiş inançları mı koruma altına aldığına dair, 2006 yılında Jean Louis Masson tarafından, İçişleri Bakanlığı'na yönelik

¹¹³⁸ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Finland, s. 405, 406.

¹¹³⁹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Finland, s. 407, 408.

¹¹⁴⁰ VENİCE COMMISSION, s. 168.

olarak, Senato'ya yazılı soru önergesi verilmiştir. Bakanlık ise verdiği cevapta, 1954'te Strazburg Ceza Mahkemesi ve 1999'te Yargıtay tarafından gerçekleştirilen yargılamalara değinerek, söz konusu hükmün hala geçerliliğini koruduğuna ve uygulanmasının yargı makamlarının takdirinde olduğuna işaret etmiştir¹¹⁴¹.

TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki davaların Fransa'da, halkın bir kesiminin din farklılığına dayanarak tahkir edilmesi, ayrımcılığa maruz kalması, nefrete ya da şiddete tahrik edilmesi kapsamında ele alındığını ifade etmek mümkündür. Bu kapsamda değinebileceğimiz ilgi çekici davalardan biri, ünlü Fransız aktris ve hayvan hakları aktivisti Brigitte Bardot'un, kurban bayramlarında Müslümanların kurbanlık hayvanın boğazını, acı çekmesini önlemek için herhangi bir önlem alınmadan kesmelerinin, Müslümanların gaddarlığının bir sembolü olduğunu ve aynı zamanda bu durumun Fransa gelenek ve kültürüne karşı bir tehdit oluşturduğunu ifade etmesi ve 1996 Nisanında ve kurban bayramında Le Figaro adlı gazetede "*Öfkemin Çığlığı*" adlı bir makalesinde kullandığı "*Ve artık ülkem, Fransa, anavatanım, biat ettiğimiz, kanunları karşısında boyun eğdiğimiz Müslümanlar başta olmak üzere yabancı nüfus artışı istilası altındadır.*" ibareleri üzerine açılan davadır. Söz konusu davada Bardot hakkında, bir kısım insanı, etnik bir grup, ulus, ırk ya da belli bir dinin üyesi olup olmamasına dayanarak, tahkir ve ayrımcılığa, nefrete ve şiddete tahrik etmesi nedeniyle suçlanmış fakat yerel mahkeme 1997 yılında verdiği kararda düşünciyi ifade özgürlüğünden yana tavır sergilemiştir. Ancak temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin kararını bozarak, Bardot'un Müslümanları Fransa için bir tehdit olarak gösterdiği gerekçesiyle para cezasına mahkûm etmiştir. Bardot benzer nitelikteki ifadelerinden dolayı 1999, 2003 ve 2006 yıllarında da para cezasına mahkûm edilmiştir¹¹⁴².

Fransa bakımından, bu konu kapsamında değineceğimiz bir husus da bir hiciv dergisi olarak bilinen Charlie Hebdo'ya ilişkindir. Zira bilindiği üzere söz konusu dergi, dini nitelikte bir takım karikatür ya da çizimleri nedeniyle sık sık din temelli nefret söylemi yaratma eleştirileriyle karşı karşıya kalmış ve son olarak 7 Ocak 2015 tarihinde Paris'teki ofisine yapılan baskın sonucu on bir kişi hayatını kaybetmiştir.

¹¹⁴¹ Fransız Senatosu'nun 01.06.2006 tarihli Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır, <https://www.senat.fr/questions/base/2006/qSEQ060322419.html>, (Erişim Tarihi:08.12.2016).

¹¹⁴² BLEICH, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, s. 121.

Söz konusu olay öncesinde, 1992 ile 2014 yılları arasında, derginin yayımladığı birçok içerik çeşitli kuruluşlar tarafından elli kez mahkemeye taşınmış olmakla birlikte, bu davaların yüzde yetmiş beşi beraat hükmüyle sonuçlanmıştır. Zira söz konusu davalarda mahkemeler, derginin çoğu zaman Hz. Muhammed ya da Papa gibi dini şahsiyet/figürlerin resmedildiği karikatürleri hiciv yoluyla yayımlandığı ve dine hakaret niteliği taşısa da bu tür fiillerin Fransa’da artık cezalandırılmadığı kanaatine ulaşmıştır. Böylece mahkemeler, kişilerin dini inançları nedeniyle eleştirilmesi ya da bu kişilerin küçümsenmesinin nefret söylemi kapsamında değerlendirilebileceğini fakat inancın kendisinin eleştirilmesi ya da küçümsenmesinin bu kapsamda ele alınamayacağını ifade etmiştir¹¹⁴³.

G. İrlanda

2009 tarihli İrlanda Tahkir Kanunu’nun (İTK) 36. maddesine göre, “*Her kim, tahkir niteliğinde yayınlar yayımlar ya da bu türden ifadeler dile getirirse, yirmi beş bin euoraya kadar para cezasıyla cezalandırılır.*

Bu maddede adı geçen, tahkir niteliğinde yayınlar yayımlanması ya da bu türden ifadeler dile getirilmesinden,

a) Herhangi bir din tarafından kutsal kabul edilen bir değer, toplumda infial yaratacak biçimde aşağılanması ve

b) Aşağılayıcı yayınlar yayınlama ve bu türden ifadeler kullanmanın, toplumda infial yaratma kastıyla gerçekleştirilmesi anlaşılır.

Suçun kovuşturulması sırasında sanığın, ortalama bir insan değerlendirdiğinde, bu yayın ya da ifadelerin edebi, sanatsal, politik, bilimsel ya da akademik bir değerinin olduğunu kabul edebileceğini ispatlamak suretiyle savunma yapması mümkündür.

Bu madde kapsamında, kendi taraftarları üzerinde baskıcı psikolojik suiistimaller uygulayan ya da yeni taraftarlar edinmek için bu tür yöntemler izleyen kurum ve tarikatlar, ‘din’ kapsamında değerlendirilmezler.”

Anayasal bakımından ise, dine hakaret niteliğindeki fiillerin cezalandırılacağı hususu, İrlanda Anayasası’nın 40. maddesinin 6. fıkrası ve 1-i bendinde açıkça belirtilmiştir. Söz konusu fiil, hem Anayasa hem de Tahkir Kanunu bakımından yasaklanan bir fiil olmakla birlikte, uygulamada bu maddeler kapsamında herhangi bir mahkûmiyet hükmü örneği

¹¹⁴³ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, France, s. 231.

yoktur. Zira İTK'nun 36. maddesinin kaldırılması gerektiği yönünde yoğun tartışmalar var olmakla birlikte Anayasa'nın 40. maddesinin gerekliliği de tartışılmaktadır. Bu nedenle 40. maddede hâlihazırda bulunan hükmün, tamamen kaldırılması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, söz konusu hükmün, nefrete tahriki yasaklayacak şekilde değiştirilmesi gerektiğini ifade edenler de vardır. Diğer yandan, bu nitelikteki fiiller için, ayrıca özel bir idare ya da medeni hukuk kuralı öngörülmemiş olduğu gibi disiplin tedbirlerine de yer verilmemiştir. Bu anlamda, dinin basın-yayın ya da internet yoluyla tahkir edilmesi halinde uygulanacak kural, Anayasa'nın 40. ve İTK'nun 36. maddesidir. Diğer yandan, 1923 tarihli Filmlere Sansür Uygulanması Yasası'nın 7.2. maddesine göre, gösterim sertifikası almak için talepte bulunulan bir filmin tamamı ya da bir kısmı dine hakaret niteliğinde ifade/görüntüler içeriyorsa, o filme kamuya gösterim sertifikası verilmemesi de mümkündür¹¹⁴⁴.

H. İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'nda (İCK), inceleme konumuza benzer bir suç tipi, “*Mülkiyete Hakaret Etmek Suretiyle Dinin Aşağılanması*” başlığı altında ve 404. maddede düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeye göre, “*Her kim, bir ibadethane, kamusal bir yer ya da kamuya açık bir yerde, dinsel bir mülkü veya nesneyi ya da dini bir ibadetle açık bir şekilde ilişkilendirilebilecek bir nesneye hakaret etmek suretiyle bir dini aşağılar yahut böyle bir fiili dini bir vekil (papaz) tarafından özel bir yerde (kamuya açık olmayan) gerçekleştirilen dinsel bir tören esnasında işlerse, bin eurodan beş bin euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.*

*Her kim, kasten ve aleni bir şekilde, dinsel ya da dini ibadetle açıkça ilişkisi olan objeyi tahrip eder, zarar verir ya da kirletirse iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*¹¹⁴⁵”

Aynı başlık altında düzenlenen ve devletin kabul ettiği resmi dinin alenen aşağılanmasını suç olarak düzenleyen ve karşılığında bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza

¹¹⁴⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Ireland, s. 412, 415, 418, 419, 420.

¹¹⁴⁵ VENİCE COMMISSION, s. 182.

öngörülen Kanun'un 402. maddesi ise, Anayasa Mahkemesi'nin 20 Kasım 2000 tarihli ve 508 numaralı kararıyla iptal edilmiştir¹¹⁴⁶.

Konumuzla ilgili diğer bir düzenleme İCK'nun 724. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre ise, "*Her kim, aleni olarak Tanrı'ya hakaret ederse, elli bir eurodan üç yüz dokuz euroya kadar idari para cezasıyla cezalandırılır.*"¹¹⁴⁷

Konumuz ile ilişkili kanun metinleri yukarıda belirtilenler olmakla birlikte, İCK, bir dinin aşağılanması bu iki madde dışındaki fiillerle de gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Buna göre, Kanun'un 403. maddesinde bir dini inancın, o inancı benimseyen kimseyi tahkir etmek suretiyle aşağılanması (TCK 125/3,b,c, hakaret) ve 405. maddesinde dini törenlerin yapılmasının engellenmesi de¹¹⁴⁸ (TCK m. 115, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme) dinin tahkir edilmesi kapsamında ele alınmaktadır. Bu anlamda İCK'na göre bir dinin tahkiri, bir kimsenin benimsediği dini inancın aşağılanması, dini bir nesneye zarar verilmesi ve dini törenlerin yapılmasını engellenmesi suretiyle ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki hem bir dinin hem de Tanrı'nın tahkir edilmesi suçları, sadece Katolik inancına yönelik tahkir fiilleri bakımından değil tüm dini inançlar bakımından uygulanan maddelerdir. Diğer yandan, nefret söylemi ya da nefret suçlarına ilişkin cezai düzenlemeler, diğer maddeler kapsamında ayrı suç tipleri olarak ve net bir ayırım yapılarak düzenlenmiş olduğundan, hangi davada hangi madde hükümlerinin uygulanacağı hususunda karışıklık yaşanması söz konusu olmamaktadır¹¹⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki, İtalyan Anayasası düşünce, düşünceyi ifade özgürlüğü ve din özgürlüğünü, temel korunan haklar olarak düzenlemiş ve her bir vatandaşın dini ve inancı bakımından bir ayırım söz konusu olmaksızın kanun önünde eşit olduğunu ifade etmiştir. Diğer yandan yine İtalyan Anayasası'na göre, tüm dini cemaat/topluluklar kanun önünde eşit özgürlüklere sahiptirler. 1989 yılında önüne gelen bir davada İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere, İtalya laik bir devlet olmakla birlikte, laiklik devletin dinlere karşı kayıtsız kalması anlamına gelmemektedir. Tam tersine devletin dini ve

¹¹⁴⁶ VENİCE COMMISSION, s. 182.

¹¹⁴⁷ VENİCE COMMISSION, s. 183, GIANFREDA, Anna, Religious Offences in Italy: Recent Laws Concerning Blasphemy and Sport, Ecclesiastical Law Journal, Vol. 13, Iss. 2, 2011, s. 190.

¹¹⁴⁸ İtalyan Yüksek Mahkemesi, söz konusu maddenin, salt fiilin belli bir kişiye yöneldiği hallerde değil aynı zamanda fiilin o dine inanlara da yöneltildiği durumlarda uygulandığına dikkat çekmiştir. Zira Mahkeme'ye göre, söz konusu suç, sadece doğrudan yöneldiği kimsede şahsi bir takım zararlara sebebiyet vermekle kalmamakta, aynı zamanda hakaretin konusu olan dini değerleri de tahkir etmektedir. EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Italy, s. 429, GIANFREDA, s. 186, 187.

¹¹⁴⁹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Italy, s. 424.

kültürel çoğulculuk sistemi içerisinde din özgürlüğünün güvencesi olması gerekmektedir. Şu halde, İtalyan Anayasası'nın din özgürlüğünü, bireylerin gelişiminin bir parçası olarak değerlendirirken, Ceza Kanunu'ndaki suç tiplerinin dinin bireysel boyutunu korumaktan çok, kurumsal boyutunu korumaya yöneldiğini ifade etmek mümkün görünmektedir¹¹⁵⁰.

Düşünceyi ifade özgürlüğü bakımından Anayasa, basın da sansüre maruz kalamayacağını düzenlemiş olmakla birlikte, Basın Kanunu'nda belirtilen suçlar bakımından ancak hâkim kararıyla ve gerekçesi gösterilmek suretiyle, el koyma hükümlerinin uygulanabileceğine de yer vermiştir. Bir dinin ya da Tanrı'nın tahkir edilmesi bakımından ise, bu fiillerin basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde uygulanacak özel bir kanun bulunmamaktadır. Ancak bu gibi hallerde ceza kanununun ilgili hükümlerine başvurulması mümkündür. Bunun yanı sıra, Radyo ve Televizyon Yasası'na göre, radyo ve televizyon programlarının, farklı dini inançları ve düşünceleri de kapsayacak şekilde insan onuru ve temel haklara saygılı nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca, tele-alışveriş bakımından da dini duyguları aşağılayacak nitelikteki her türlü yayın yasaktır. Spor Etkinlikleri Hakkında Yorum Programların Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'a göre ise, spor etkinlikleri hakkındaki yorumlar, insan onuruna aykırı olmayacak şekilde ve gerek şahısları gerek ise sporcular, spor takımları, takım taraftarları, dini gruplar gibi grupları tahkir etmeyecek nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde, televizyon kanalı ya da program yayıncısı hakkında yirmi beş bin eurodan üç yüz elli bin euroya kadar idari para cezasına hükmedilir. Ticari Reklam Yasası'na göre ise, ticari reklamların insan onuruna saygılı olması ve ahlaki, kamusal ve dini hassasiyetlere saldırı teşkil eden nitelikte olmaması gerekmektedir. Söz konusu kurala aykırı nitelikte davranılması halinde, bu konuya ilişkin şikayetleri değerlendirmekle görevli bağımsız kurum (Giuri) kararıyla, ticari reklamın yayınlanmasının durdurulması mümkündür¹¹⁵¹.

İ. Polonya

TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeye benzer bir düzenleme, 1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nun (PCK) özel hükümler kitabının 26. bölümünde ve “*Din ve İnanç Özgürlüğüne Karşı Suçlar*” başlığı altında 196. maddesinde yer almaktadır.

¹¹⁵⁰ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Italy, s. 422, 433.

¹¹⁵¹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Italy, s. 427, 428.

Söz konusu maddeye göre, “Her kim, dini ibadetlerde kullanılan bir nesneye ya da dini törenlerin gerçekleştirilmesi için kamuya tahsis edilmiş yerlere alenen hakaret etmek suretiyle, kişilerin dini duygularını aşağılarsa, para cezası ya da iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.”¹¹⁵²

PCK, diğer bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, bazı kilise ya da dini topluluklara özel bir koruma sağlamamaktadır. Aynı düzenleme tekniğini Polonya Anayasası’nda da görmek mümkün olmakla birlikte, Anayasa’nın 25. maddesinde, Polonya Cumhuriyeti ile Katolik Kilise arasındaki ilişkilerin Vatikan ile yapılan uluslararası antlaşma ve tüzük hükümlerince düzenleneceği ifade edilmiştir¹¹⁵³.

Dini duyguların tahkir edilmesi bakımından ise, Polonya’da uygulama alanı olan tek hüküm PCK’nun 196. maddesi değildir. Zira din temelli nefret söylemine ilişkin fiilleri suç olarak düzenleyen 257. madde de suçun unsurları bakımından 196. maddeye oldukça benzemektedir. Bu nedenle uygulamada, soruşturmanın hangi madde kapsamında yapılacağı savcının tercihine bağlı olmakla birlikte, genellikle Roma Katolik Dini’ne yönelik suçlar 196. madde kapsamında, azınlık dinlere yönelen suçlar ise 257. madde kapsamında soruşturulmaktadır¹¹⁵⁴.

Yargı kararları bakımından ise, dini duyguların, düşünceyi ifade özgürlüğü ve sanat özgürlüğünden daha öncelikli bir korunmaya sahip olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira Polonya Yüksek Mahkemesi, din özgürlüğü ile düşünceyi ifade özgürlüğü arasında bir çatışmanın çıkması durumunda, önceliğin din özgürlüğüne verilerek çatışmanın sonlandırılacağı üzerinde durmaktadır¹¹⁵⁵. Diğer yandan, eğer işlenen suç neticesinde şahsi bir hakkın ihlal edilmesi söz konusu ise, tazminat talebine ilişkin özel hukuk yollarının kullanılması da mümkündür.¹¹⁵⁶

¹¹⁵² VENİCE COMMISSION, s. 202.

¹¹⁵³ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Poland, s. 438.

¹¹⁵⁴ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Poland, s. 438, 439.

¹¹⁵⁵ Ancak Mahkeme’nin 2014 yılında vermiş olduğu bir karar dikkat çekicidir. Söz konusu davaya konu olayda sanık bir pop sanatçısı olup, 2007 yılında vermiş olduğu bir konserde bir İncil yırtmış ve Hristiyan dini ve İncil hakkında tahkir edici nitelikte ifadeler kullanmıştır. 2012 yılında, davaya bakmakta olan Gdansk Temyiz Mahkemesi’nin, PCK’nun 196. maddesini yorumlamasını istemesi üzerine Yüksek Mahkeme, söz konusu suçun oluşabilmesi için sanığın, doğrudan ya da olası kastla fiili işlemesi gerektiğine değinmiştir. Bunun üzerine Gdansk Temyiz Mahkemesi 2014 yılının Ocak ayında, konser sırasında şarkıcı tarafından kullanılan sözlerin kaba ve aykırı nitelikte olsa da sanatsal ifade kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ve suçun oluşmadığına hükmetmiştir. Savcıların itirazı üzerine Yüksek Mahkeme ise, şarkıcının fiillerinin, bu fiilin mesajının yöneldiği kişiler ile aynı görüşleri paylaştıklarından, suç teşkil etmediği gerekçesiyle Gdansk Temyiz Mahkemesi’nin beraat kararını onamıştır. EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Poland, s. 441.

¹¹⁵⁶ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Poland, s. 438, 439.

Suçun basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde ise, çeşitli özel düzenlemelerin uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim televizyon ve radyo yayınlarını kapsayan Yayın Yasası'nın 18. maddesinin 2. fıkrasına göre, yapılan programların ya da diğer yayınların, özellikle Hristiyan değerleri olmak üzere bütün dini inançlara saygılı olması gerekmektedir. Aksi halde Yasa'nın 53. ve 38/1. maddeleri gereğince, Ulusal Yayın Konseyi tarafından uyarılması, para cezasına çarptırılması ya da lisansının iptal edilmesi mümkündür. Diğer basın-yayın organları içinse (yazılı-online), Basın Yasası hükümleri uygulanmaktadır. Bunun dışında, Reklam Konseyi ve Reklam Etiği Komisyonu da PCK'nun 196. maddesi kapsamındaki şikâyetleri dinlemektedir¹¹⁵⁷.

J. Yunanistan

Yunanistan Ceza Kanunu (YCK), çalışma kapsamımızdaki suç tipi bakımından iki ayrı hükme yer vermiştir. Söz konusu hükümler, YCK'nun özel hükümler kitabının “*Dinsel Barışı Tehdit Eden Suçlar*” başlıklı 7. bölümünün 198. ve 199. maddelerinde yer almaktadır.

Kanun'un 198. maddesine göre, “*Her kim, kasten ve aleni herhangi bir şekilde Tanrı'ya hakaret ederse, iki yıldan fazla olmamak üzere hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*

Birinci fıkrada belirtilen fiil dışında, her kim alenen hakaret yoluyla, kutsal olanın kutsallığını azaltmaya yönelik açıklamalarda bulunursa, altı aydan fazla olmamak üzere hürriyeti bağlayıcı ceza ya da 3000 eurodan fazla olmamak üzere para cezasıyla cezalandırılır.”

Kanun'un 199. maddesine göre ise, “*Her kim, kasten ve aleni herhangi bir şekilde, Doğu Ortodoks Kilisesi ya da Yunanistan tarafından tanınmış herhangi bir dine hakaret ederse, iki yıldan fazla olmamak üzere hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.*”¹¹⁵⁸

Yunanistan bakımından, dine hakaret fiillerinin suç olarak düzenlenmesinde, ülkedeki ulusal, sosyal, kültürel, dini gelenekler ile özellikle devlet ile kilise arasındaki bağın etkisinin olduğunu söylemek mümkündür. Zira devlet ile kilise arasında bir ayrımın olmadığı, Yunanistan Anayasası'nın “*Devlet ve Kilise Arasındaki İlişkiler*” başlıklı 3. maddesinde ülkedeki egemen dinin, Doğu Ortodoks Kilisesi dini olduğunun ifade edilmiş olmasıyla ortaya koyulmaktadır. Ancak Anayasa'nın bu ifadesinin, Doğu Ortodoks Kilisesi

¹¹⁵⁷ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Poland, s. 440.

¹¹⁵⁸ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 391.

dininin diğer dinlerden üstün olduğu anlamında kullanılmayıp, daha çok her Rum'un aynı zamanda Katolik olduğunu vurgulamak ve devlet ile kilise arasındaki sembolik ilişkiyi ifade etmek bakımından önem arz ettiğini söylemek mümkündür. Bu anlamda, Doğu Ortodoks Kilisesi devlet tarafından kurulmuş ve belirli kamu gücü ayrıcalıklarına sahip bir tüzel kişilik olarak sadece devlet kilisesi değil aynı zamanda Yunanistan Ulusu'nun kilisesidir. Diğer yandan, Ceza Kanunu'nun 198. ve 199. maddelerinin uygulandığı alanlar genellikle, dine yönelik hakaret niteliğindeki fiillerin, sergi, film, tiyatro ve kitaplar aracılığıyla işlendiği hallerdir. Mahkemelerde görülen davalar ise, diğer herhangi bir dinden ziyade, Doğu Ortodoks Kilisesi'ne yönelik fiillere ilişkindir. YCK'daki bu hükümlerin uygulandığı davalarda, madde hükümlerinin ruhani bir doğasının ve dolayısıyla soyut bir yapısının olması nedeniyle, manevi zararın doğmuş olması gerekçesiyle medeni hukuk hükümleri kapsamında tazminat talebinde de bulunulması da söz konusu değildir. Bu anlamda, YCK'nun 198. ve 199. maddeleri dışında, dine hakaret fiillerinin idare hukuku, medeni hukuk ya da kabahatler hukuku araçlarıyla karşılanması söz konusu değildir¹¹⁵⁹.

Maddelerin düzenlendiği bölüm, “*Dinsel Barışı Tehdit Eden Suçlar*” olmakla birlikte, madde içeriklerinden de anlaşılabilceği üzere, korudukları hukuki değer, dini barış olmaktan daha öte, din, dini duygular, din özgürlüğü, saygı duygusu ya da Doğu Katolik Kilisesi'nin hâkim pozisyonunun sürdürülmesi gibi çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Diğer yandan, 198. maddenin 1. fıkrası, Tanrı'nın doğrudan ya da Tanrıyla bağdaştırılabilecek kutsal bir nesne üzerinden dolaylı olarak kasten aşağılanması fiilini suç olarak düzenlerken 2. fıkrada kast aranmaksızın Tanrı kavramından çok daha geniş bir anlama gelebilecek “*kutsal olanın* (dini öğretiler, baba-oğul-kutsal ruh üçlemesi, azizler, kutsal gizemler ve ayinler, kutsal semboller ve resimler gibi) *kutsallığının azaltılması*” karşılığında cezai bir yaptırım gerektiren bir fiil olarak düzenlenmektedir. 199. Madde bakımından da benzer bir düzenlemenin olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira bu madde kapsamında da Doğu Ortodoks Kilisesi ya da Yunanistan tarafından tanınmış bir dinin aşağılanması, o dinin öğretileri, kuralları, ritüelleri, gelenekleri yahut sembolleri gibi geniş bir yelpazede gerçekleştirilebilir. Madde metninde geçen “*Yunanistan tarafından tanınan bir din*” ifadesi ise, o dinin, “*bilinen*” bir din olmasını ifade etmekle birlikte, söz konusu

¹¹⁵⁹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 385, 386.

dinin, öğretilerinin halka açık, bu anlamda kişiler tarafından ulaşılabilir olan, varlığından/doğruluğundan şüphe edilmeyen, ibadetleri belli olan bir din olması gerektirmektedir. Aleniyet bakımından ise, belirsiz sayıdaki kişilerin fiili algılamış olması değil algılama olasılıklarının doğmuş olması yeterli görülmektedir¹¹⁶⁰.

Her iki madde kapsamında da “*aleniyet*” suçun işlenmesi bakımından bir unsur olarak yer aldığından, basın yayın yoluyla işlenen bu nitelikte fiiller de 198. ve 199. maddelerin kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak, bunun dışında basın bakımından bazı özel düzenlemelerin olduğunu da ifade etmek mümkündür. Nitekim Yunanistan Anayasası’nın 14. maddesinin 3. fıkrasına göre, yazılı basın yoluyla Hristiyanlığa ya da bilinen herhangi bir dine karşı bir suç işlendiği durumlarda ve çok istisnai hallerde, söz konusu yayının yayımlanmasından sonra, savcının emriyle yazılı yayına el koyulması mümkündür. Diğer yandan, Yunanistan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu da bu tip fiillerin işlendiği hallerde idari nitelikte yaptırımlar uygulayabilmektedir¹¹⁶¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, YCK’nun 198. ve 199. maddeleri kapsamında görülen davalarda, yerel mahkemeler çoğu zaman failin kastının olmamasını ya da Anayasa’nın 16. maddesinde düzenlenmiş olan sanat özgürlüğünü gerekçe göstermek suretiyle beraat kararı vermektedirler¹¹⁶².

K. Değerlendirme

Dini değerleri aşağılama suçunun düzenlendiği TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrasına benzer nitelikte suç tiplerine Avrupa ülkelerinde de yer verildiğini söylemek mümkün olmakla birlikte, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu madde hükümlerine nadir olarak başvurulması söz konusudur.

TCK düzenlemesi bakımından suçun konusu, “*dini değerler*” olarak öngörülmüşken, ACK’nda, “*yurt içinde mevcut bir kilise veya diğer bir dini cemaat veya ideoloji topluluğu, bunlara ait kuruluşlar veya bunların adetleri*”, Av.CK’nda, “*dini bir değer yahut ulusal olarak tanınmış bir kilise, dini topluluk, dini öğretisi veya dini gelenek*”, BCK’nda, “*dini nesne*”, DCK’nda, “*meşru bir dini topluluğun öğretisi ya da ibadetleri*”, FCK’nda, “*Tanrı, bir kilise ya da dini topluluğun kutsal saydığı değerler*”, Alsace ve Moselle eyaletlerinde

¹¹⁶⁰ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 388, 389.

¹¹⁶¹ EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 387, 392, 393.

¹¹⁶² EUROPEAN PARLEMENT STUDY, Greece, s. 395.

(Fransa) “*Tanrı, Hristiyan mezheplerinden biri ya da bir konfederasyon bünyesinde kurulan ve tüzel kişiliği haiz bir dini cemaat veya kurumları yahut törenleri ya da bir kilise veya dini faaliyetler için kullanılan başka bir yer*”, HCK’nda, “*din, dini törende kullanılan nesne*”, İTK’nda, “*herhangi bir din tarafından kutsal kabul edilen bir değer*”, İCK’nda “*Tanrı, dinsel bir mülk veya nesneye hakaret etmek suretiyle din, dini bir ibadetle açık bir şekilde ilişkilendirilebilecek bir nesne*”, PCK’nda, “*dini ibadetlerde kullanılan bir nesne, dini törenlerin gerçekleştirilmesi için kamuya tahsis edilmiş yerler*” ve YCK’nda ise, “*Tanrı, kutsal olan, Doğu Ortodoks Kilisesi, Yunanistan tarafından tanınmış herhangi bir din*” olarak öngörülmüştür.

Bazı ülkelerde, aşağılama fiilinin işlendiği yer bakımından da özel bir düzenleme getirilmiştir. Örneğin BCK bakımından, bir dini nesnenin aşağılanması cezalandırılması, aşağılamanın “*ibadethanede ya da genel olarak ibadet yapmak için kullanılan bir yerde veyahut dini bir topluluğun kamuya açık bir töreni sırasında*” gerçekleştirilmesine bağlanmıştır. Benzer şekilde İCK da dinsel bir mülkü veya nesneyi ya da dini bir ibadetle açık bir şekilde ilişkilendirilebilecek bir nesneye hakaret etmek suretiyle bir dinin aşağılanmasını, “*kamusal bir yer ya da kamuya açık bir yerde işlenmesi yanında ibadethanede ya da dini bir vekil tarafından özel bir yerde gerçekleştirilen bir tören esnasında*” işlenmesini de cezalandırmaktadır. Ayrıca İCK, TCK kapsamında ayrı bölümlerde cezalandırılan, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, bir kimseye, dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı hakaret ve yine hakaret suçunun, kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi niteliğindeki fiilleri de dinin aşağılanması/tahkir edilmesi kapsamında cezalandırmaktadır.

Diğer yandan, incelenen ülkelere Avusturya, Almanya, Danimarka, Finlandiya, İtalya, Yunanistan ve Polonya’da söz konusu suç için öngörülen ceza seçenekli olarak para ya da hapis cezasıyken, İrlanda’da sadece para cezası öngörülmüştür. TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrası bakımından ise, öngörülen yaptırım hapis cezasıdır.

Bir diğer önemli nokta, bazı ülke düzenlemelerinde hakaret, tahkir ya da aşağılamanın kabul edilebilmesi bakımından, TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi, fiilin belli bir düzeye gelmesinin arandığıdır. Bu şart İCK’nda “*kamu barışını bozmaya*

elverişlilik” iken Av.CK’nda fiilin, “*haklı bir rahatsızlık yaratmaya elverişli olacak şekilde*” işlenmesidir. İTK’nda ise aşağılamanın, “*toplumda infial yaratacak biçimde*” gerçekleşmesi aranmaktadır. Diğer ülkelerde, bu nitelikte düzenlemeye yer verilmemiş, TCK bakımından ise aşağılamanın, “*kamu barışını bozmaya elverişli olması*” şartı aranmıştır.

Aleniyet bakımından ise, birçok ülke düzenlemesinde aleniyetin suçun unsuru olarak düzenlenmiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak incelediğimiz ülkelerden Belçika, İrlanda ve İtalya’da, diğer ülkelerden farklı olarak, fiilin aleni bir şekilde işlenmesine madde metni içerisinde yer verilmemiştir. Hatta İCK’nda, aşağılama fiilinin, dini bir vekil tarafından özel bir yerde (kamuya açık olmayan) gerçekleştirilen dinsel bir tören esnasında işlenmesi de cezalandırılmıştır. Tanrıya hakaretin ise, aleni olması aranmıştır. TCK’nun 216. maddesi bakımından ise aleniyet, suçun oluşması bakımından aranan bir unsur olarak öngörülmüştür.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Dini değerleri alenen aşağılama suçu, sırf hareket suçudur. TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrasında da suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*” olmakla birlikte, kanun koyucu kamu güvenliği yahut kamu barışının bozulması gibi bir netice öngörmemektedir. Diğer yandan bu suç, aynı zamanda bir tehlike suçudur. Suçun oluşması bakımından fiilin herhangi bir zarara neden olması aranmamaktadır¹¹⁶³.

TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrası açısından, suçun tamamlanma anı, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin, “*alenen aşağılandığı*” andır. Aleniyet bahsinde belirttiğimiz üzere, aleniyetten anlaşılması gereken fiilin algılanabilme imkânı olup, fiilen somut olayda algılamanın gerçekleşmiş olması gerekmemektedir. Önemli olan husus, fiilin işlendiği sırada, belirsiz sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânı değil, bu fiile iştirak etmeyen kişilerin, suç teşkil eden fiili algılayabilecek alan içinde bulunmaları ve icra edilen fiilin o ortamda bulunan kalabalık tarafından algılanmış ya da eğer dikkatlerini bu yöne yoğunlaştırmış olsalardı algılayacak olmalarıdır. Bu anlamda kanaatimiz, suçun, aşağılamanın, belirsiz sayıdaki kimselerin bulunduğu yerde işlediği anda oluştuğudur.

¹¹⁶³ ARTUK/ALŞAHİN, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), s. 1006.

Basılmış eserler yoluyla suçun işlenmesi halinde ise, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre, basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında olduğundan, suç, basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması ile oluşacaktır.

Diğer bir husus, suç tipinde yer alan “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil, fiilin elverişliliğini ifade eden ve teşebbüs kurumunu ilgilendiren bir ibare olarak öngörülmüş olmasıdır. Bu anlamda eğer aşağılama fiili, kamu barışını bozmaya elverişli değilse, fiil olmadığından suç da olmayacaktır. Ancak, kamu barışını bozmaya elverişli bir aşağılama fiilinin icra hareketlerinin kısımlara bölünebilen nitelikte olup yarıda kalması halinde suç, teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bu durum özellikle suçun yazılı, görsel yahut işitsel basın yoluyla işlenmesi halinde önem arz edecektir. Örneğin, aşağılama içeren ilanın ya da yazının yer aldığı gazetenin satılmasının sağlanması için bayilere götürülürken yahut bayiye götürüldükten sonra satışa arz edilmeden toplatılması halinde fiil, teşebbüs aşamasında kalacaktır¹¹⁶⁴. Benzer şekilde, bu nitelikte bir yazının televizyon, radyo ya da internet yoluyla yayınlanmasının engellenmesi olasılığında, somut olayın özelliklerine göre icra hareketlerinin yarıda kalmasından söz edilebilecektir.

Bir diğer husus, söz konusu suç bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin de uygulanabileceğidir. Örneğin, satışa arz olunan kitabın henüz kimse almadan fail tarafından toplatılması gibi¹¹⁶⁵. Diğer yandan, işlenemez suç hükümleri de inceleme konumuz bakımından özellik arz edebilir. Nitekim bozuk bir radyo veya televizyon istasyonundan muhatapların duyamayacağı yahut anlayamayacağı sözlerin sarf edilmesi durumunda¹¹⁶⁶ vasıtada mutlak bir imkânsızlık söz konusudur.

Son olarak, suç işlendikten sonra failin muhatap aldığı halk kesiminden özür dilemesi veya sözünü geri alması etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilemez. Zira söz konusu suç tipi bakımından yasada etkin pişmanlık kurumu kabul edilmediğinden, böyle bir durum suçun oluşmasını ve dolayısıyla ceza verilmesini etkilemez¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁴ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 299, 300., ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 772.

¹¹⁶⁵ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 250.

¹¹⁶⁶ BAYRAKTAR, s. 188, GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 300.

¹¹⁶⁷ ZAFER, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), s. 251.

B. İştirak

Dini değerleri alenen aşağılama suçu, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından iştirak halinde de işlenebilir. Bu anlamda suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez¹¹⁶⁸.

Aşağılamanın, basılmış eser, radyo, televizyon ya da internet aracılığıyla işlenmesi halinde, fail yanında bazı kimselerin de cezai sorumluluklarının kabul edildiğini ifade etmek mümkündür.

Nitekim suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde 5187 sayılı Kanun, eser sahibi dışında sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin yedek ve ikincil nitelikteki sorumluluğunu kabul etmiştir. Suçun radyo veya televizyon yoluyla işlenmesi halinde ise, sorumluluk, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Böylece 6112 sayılı Kanun'un birlikte sorumluluk esasını benimsemiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Suçun internet aracılığıyla işlenmesi halinde ise, esas sorumluluk içerik sağlayıcının olmakla birlikte, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların da iştirak kurallarının uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, ceza sorumluluklarının olduğunu belirtmek gerekmektedir¹¹⁶⁹.

C. İçtima

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda, içtima hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yaptığımız açıklamalarda da değindiğimiz üzere, kanun koyucuc, 216. maddenin her bir fıkrasında bağımsız suç tiplerine yer verilmiştir. Bu nedenle, tek bir fiil ile üç fıkra da yer alan suçların işlenmesi halinde, TCK'nun 44. maddesi gereğince farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecek, fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Suçun müteselsilen işlenmesi de mümkündür. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye (halkın bir kesimi) karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, TCK'nun 43. maddesi gereğince bir cezaya hükmedilecek ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilir. Burada yer alan “*bir kişiye*” ibaresi, inceleme konumuz bakımından halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya

¹¹⁶⁸ GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), s. 302.

¹¹⁶⁹ İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 287, 434, 501, 502.

bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimdir. Ancak, yine Kanun'un 43. maddesi gereğince mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanabileceğinden, zincirleme suç hükümlerinin halkı bir kesimini alenen aşağılama suçu bakımından uygulanmasına engel oluşturabilecek herhangi bir durum söz konusu değildir.

Halkın bir kesimine değil de bir kimseye karşı, inandığı dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret edilmesi halinde ise, TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasındaki suç değil, 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde yer alan hakaret suçu oluşacaktır. Benzer şekilde, bir kimsenin, dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi halinde TCK'nun 125. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde yer alan hakaret suçu oluşacaktır.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunun 1. ve 2. fıkrasında suç teşkil eden fiil olarak öngörülen, ibadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara, yıkmak, bozmak, kırmak veya kirletmek suretiyle zarar vermenin söz konusu olması ihtimalinde ise, 153. madde daha özel nitelikli bir düzenleme getirdiğinden, TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasının uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Yine, ibadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla zarar verilmesi halinde ise, 153. maddenin 3. fıkrası (ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme) uygulama alanı bulacaktır.

VII. SUÇUN YAPTIRIMI, SORUŞTURMA USULÜ ve YETKİLİ MAHKEME

A. Yaptırım

TCK'nun 216. maddesinin 3. fıkrasına göre, dini değerleri alenen aşağılama suçunun cezası, altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır.

Suçun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, TCK'nun 218. maddesine göre verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır.

Yargılama neticesinde, bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde, hükmedilen hapis cezası kısa süreli hapis cezası olacağından, söz konusu hapis

cezasının TCK'nun 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün olabilecektir. Diğer yandan, hükmedilen hapis cezası, iki yıl veya daha az süreliyse, TCK'nun 51. maddesindeki koşulların sağlanmasına bağlı olarak, hapis cezasının ertelenmesi de söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, 51. maddenin 2. fıkrasına göre, cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki halde getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde ise, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

Failin, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçundan dolayı mahkûm olması halinde ise, TCK'nun 53. maddesi gereğince, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri uygulanacaktır¹¹⁷⁰.

Suçun yazılı basın, radyo, televizyon veya internet aracılığıyla işlenmesi halinde ise, ne tür hükümlerin uygulanacağına dair açıklamaları, 216. maddenin 1. fıkrası kapsamında ele almış olduğumuzdan burada tekrarlamıyor ve ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz¹¹⁷¹.

B. Soruşturma Usulü ve Yetkili Mahkeme

Dini değerleri alenen aşağılama suçunun failinin kamu görevlisi olmaması yahut kamu görevlisi olmakla birlikte, suçun göreviyle ilgili olmaması halinde soruşturulması ve kovuşturulması, 5271 sayılı CMK hükümlerine göre resen yapılır. Ancak suçun, görevi sebebiyle bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde soruşturma, 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” hükümleri gereğince yürütülecektir¹¹⁷².

Suçun resen kovuşturulan bir suç olması nedeniyle, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira 5271 sayılı

¹¹⁷⁰ Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile TCK'nun 53. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;...” bölümü, aynı fıkranın (b) bendinde yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden, yine aynı fıkra da yer alan “...hapis cezasına...” ibaresi ise (b) bendinde yer alan “Seçme ve...” ibaresi yönünden, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “...ve diğer siyasi hakları kullanmaktan” ibaresi ile aynı maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın (b) bendinde yer alan “Seçme ve seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden, dördüncü fıkra da yer alan bu fıkra da yer alan “Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya...” ibaresi, aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden iptal edilmiştir. **Any. Mah., 2014/140 E., 2015/85 K., 8/10/2015, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/11/20151124-9.pdf>,** (Erişim Tarihi: 09.09.2016).

¹¹⁷¹ Bkz. s. 143 vd, 261 vd.

¹¹⁷² **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 773.

CMK'nun 171. maddesine göre, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, işlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyeteye tabi olmasına bağlıdır.

Dini değerleri alenen aşağılama suçunun dava zamanaşımı, TCK'nun 66. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre sekiz yıl, ceza zamanaşımı ise, 68. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre on yıldır.

Diğer yandan, basılmış eserler yoluyla işlenen suçlarda, 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde çeşitli dava süreleri öngörülmüştür. Dini değerleri alenen aşağılama suçunun, basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde, söz konusu dava süreleri göz önünde bulundurulacaktır.¹¹⁷³ Söz konusu süreler içerisinde davanın açılmaması halinde, 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin 8. fıkrasına göre, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmemesi nedeniyle düşme kararı verilir.

Suçta bakmakla görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun'a göre, asliye ceza mahkemeleridir. Suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde de 5187 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre dava, asliye ceza mahkemelerinde görülür.

Yer yönünden yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yani, aşağılama niteliğindeki fiillerin işlendiği yer mahkemesidir (CMK m.12/1). Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/3). Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/5).

¹¹⁷³ Belirtmek gerekir ki, dava süreleri, nitelik itibarıyla zamanaşımı kurumundan farklı olup, hak düşürücü sürelerdir. Bu nedenle, TCK'nda zamanaşımında olduğu gibi, dava süreleri bakımından durma yahut kesilme söz konusu olmaz. Ancak, 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinin son fıkrasına göre, kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez. İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, s. 303., Ayrıca bkz. Yarg. 7. C. D., 2005/16795 E., 2008/16815 K., 17.07.2008. Yarg. 12. C. D., 2015/2164 E., 2015/15334 K., 14.10.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.11.2016).

SONUÇ

TCK'nun 216. maddesinde düzenlenen, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik, halkın bir kesimini alenen aşağılama ve dini değerleri alenen aşağılama suçları, toplumsal yaşam içerisinde bir takım farklı özelliklere sahip toplulukların birbirleriyle çatışmasının önlenmesi, bu topluluğa üye olan kimselerin gerek fiziksel ve gerek ise psikolojik zararlara uğramalarının engellenmesi bakımından vücuda getirilmiş suç tipleridir. Son tahlilde, adı geçen suçların koruduğu hukuki değer, kamu barışıdır. Zira gerek kin ve düşmanlığa tahrik ve gerek ise aşağılama niteliğindeki fiiller, aşağılanan halk kesimi ile diğer halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık duygularının yeşermesine ve ileride şiddet (suç) eylemlerine dönüşerek sosyal düzenin derinden bozulmasına zemin hazırlar.

Diğer yandan, bu nitelikteki suçlar, sahip oldukları bir takım özellikler nedeniyle kin ve düşmanlığa tahrik yahut aşağılamanın mağduru olan topluluk yahut üyelerinin, insan onurunu da ihlal eder. Bu ise, gerek Anayasa ve gerek ise TCK'nun esas aldığı eşitlik ilkesi temelinde şekillenen ve bu anlamda ırk, etnik köken, din, mezhep vs. farkı gözetmeksizin hukuk güvenliği sağlamak görevi olan hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Suç tiplerinin mağdur tarafından görünüşü bu olmakla beraber, fail tarafından da çeşitli etkilerinin olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira bir yanda mağdurun şiddetten ve dışlanmadan korunma temel hakkı diğer yanda ise, failin düşüncüyü ifade özgürlüğü bulunmaktadır. Böylece bireylerin manevi varlığının güvencesi olan düşüncüyü ifade özgürlüğünün orantısız bir şekilde sınırlandırılması, ceza tehdidi altında bulunması veya yok edilmesi de failin insan onurunun ve netice olarak hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesiyle sonuçlanır. Bu anlamda söz konusu suç tiplerinin, gerek mağdurun ve gerek ise failin hukuk devleti ilkesi içerisinde haklarının korunması bakımından oldukça hassas bir yere sahip olduğunu söylemek mümkündür. Kanaatimiz, kanun koyucunun da bu hassas dengeyi göz önünde bulundurmuş olduğu ve bu nedenle, özellikle TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası bakımından, kin ve düşmanlığa tahrik suçun cezalandırılmasını, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasına bağladığıdır.

Çalışmada öncelikle 5237 Sayılı TCK.'nın öngördüğü suç teorisi esas alınarak açıklamalarda bulunulmuştur. Bu kapsamda 216. maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen suç tiplerinin maddi ve manevi unsurları ayrı ayrı ele alınmış ve ilgili bölümlerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

Buradan hareketle ilk olarak halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçuna ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun tarihi gelişimi incelendiğinde, bu suça 2005 tarihli 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğe girmesine kadar, 765 sayılı TCK'nun ikinci kitabının “*Ammenin Nizamı Aleyhine Cürümler*” isimli beşinci babının birinci faslında ve 312. maddesinde yer verildiği görülmektedir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda, suç teşkil eden fiil, “*alenen tahriktir*”. Söz konusu suçta aleniyet bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil, suçun bir unsuru olarak öngörülmüştür. Aleniyetten kasıt, suçun işlendiği yerin kamuya açık yahut özel bir yer olup olmamasının bir önemi bulunmaksızın, fiilin işlendiği sırada, belirsiz sayıda insanın olay mahallinde bulunma imkânından ziyade, bu fiile iştirak etmeyen kişilerin, suç teşkil eden fiili algılayabilecek alan içinde bulunmaları ve icra edilen fiilin o ortamda bulunan kalabalık tarafından algılanmış ya da eğer dikkatlerini bu yöne yoğunlaştırmış olsalardı algılayacak olmalarıdır.

İnceleme konumuz kapsamında tahrik ise, bir kişi ve ya topluluğun, bir suçun işlenmesi ya da bir düşüncenin gerçekleştirilmesi için, basit bir isteklendirme yahut düşünce açıklamasının ötesinde, işlenmesi istenen suça ya da gerçekleştirilmesi istenen düşünceye doğrudan yönlendirici ağırlıkta, tahrik edilen üzerinde kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal oluşturmayan, tahrik edilen kişi ya da halk kesiminin, tahrik öncesinde tahrik konusu fiili işlemek hususunda istek ve iradesinin olup olmamasına bağlı olmayan ve tahrik konusu fiilin işlenmesi hususunda olumlu bir yargı oluşturabilecek nitelikteki psikolojik etkidir. Teşvik, telkin, sevk ve ikna etmek, emir veya talimat vermek fiillerinin tahrik kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek mümkün ise de talep veya teklif etmek, propaganda yapmak, övmek fiillerinin tahrik olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Fiilin nitelikleri bakımından konunun değerlendirmesine gelecek olursak, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, icrai, serbest, ani ve tek hareketli suçlar kapsamında değerlendirilebileceğini söylememiz mümkündür. Diğer yandan suç, neticesiz bir suçtur. Zira kanun koyucu, suçun oluşması bakımından hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesini aramamıştır. Bu anlamda tahrik hareketinin yapılmasıyla birlikte suç oluşur.

Suçun oluşması için failin alenen tahrikte bulunduğu husus “*kin ve düşmanlık*” olmalıdır. Kin ve düşmanlığa tahrikten anlaşılması gereken, kendisine karşı kin ve

düşmanlık tahrikinde bulunulan halk kesimi bakımından, bu kesimde dışlanmışlık, korku, karşı öfke ve çaresizlik duygusu doğurmaya elverişli, toplumsal bakımdan, heterojen bir toplumda kanun metninde sayılan farklı özellikler bakımından barışı ve vatandaşlar arasındaki eşitlik inancını ihlal eden, tahrik edilen halk kesimi bakımından ise, bu kesimde antipati duyma ya da hoşlanmama gibi duyguların, tarihsel yahut bilimsel tartışmaların ve ağır nitelikte de olsa eleştirinin ötesinde, yoğun bir nefret, zarar verme, tikslenme yahut kötülüğünü isteme duygularını kışkırtmaya elverişli veya bu kesime ya da üyelerine karşı suç işlenmesi yönündeki tahrikleri içeren psikolojik etkiler anlaşılmalıdır.

Diğer yandan Yargıtay madde kapsamındaki “*kin ve düşmanlığa*” tahriki, şiddet temelinde ele almaktadır. Biz Yargıtay’ın bu yorum şeklini isabetli bulmamaktayız. Zira eğer, “*şiddete tahrik*” kavramı ile psikolojik anlamda değil de fiziksel anlamda, bir başka ifadeyle kasten öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme, cinsel taciz ya da saldırı vs. gibi suç teşkil eden fiillerin işlenmesine yönelik bir tahrik ölçü alınıyorsa, şiddete tahrik etmeyen ancak kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike yaratabilecek “*kin ve düşmanlığa tahrik*” fiillerinin cezalandırılmaması şeklinde bir sonuçla karşılaşılabilir. Zira kanun metninde sayılan özelliklere sahip halk kesiminin dışlanması, ayrımcılık yapılması yahut toplumdaki sorunların veya suçların temel nedeni olarak gösterilmeleri ve bu hususta halkın diğer kesiminde yoğun bir psikolojik etki yaratılması gibi “*kin ve düşmanlığa tahrik*” niteliğindeki fiillerin muhatabı olmaları ve bunun sonucunda kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması da mümkün olabilir. Bir diğer ifadeyle, halkın bir kesimine karşı, toplumsal yahut ekonomik bir takım davranışlarda bulunulması yönündeki tahrikler de “*kin ve düşmanlık*” kapsamında değerlendirilebilir. Bu anlamda biz, her kin ve düşmanlığa tahrikin “*şiddet*” bir başka ifadeyle “*suç teşkil eden*” fiillerin işlenmesine yönelik bir tahriki içermek zorunda olmadığı kanaatindeyiz.

Bu kapsamda birçok batı hukukundaki düzenlemeleri de göz önünde bulundurarak, madde metninin, “*kin ve düşmanlığa veya suç işlenmesine alenen tahrikte bulunan kimse*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Suç, fail bakımından bir özellik arz etmemektedir. Suçun mağduru ise, halkın “*sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge*” bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimdir. Failin kin ve düşmanlığa tahrikte bulunurken, tahrik fiilinin yöneldiği topluluğun ya da halk

kesiminin özellikleri bakımından hataya düşmesinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur.

Suçun tipik olabilmesi için, madde metninde sayılan özelliklere sahip halk kesimlerinin birbirine karşı tahrik edilmesi gerekmektedir. Tahrikin örneğin devlet yahut orduya yöneldiği hallerde, suçun oluşması mümkün değildir.

216. madde bakımından halkın bir kesimi, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından, kendine özgü bu özellikleri nedeniyle, kendilerini, diğer grup ya da topluluklardan ayıran, farklı bir kategoride tanımlayan, objektif olarak da bu özelliklere sahip ve toplum içerisinde, söz konusu özelliğini temsil edecek nicelikte insan grubunu ifade etmektedir.

Madde metninde yer alan sosyal sınıf, ekonomik manasıyla ancak dar anlamda ele alınmalıdır. Bu kapsamda sosyal sınıf bize göre, işçi (emeğin sahibi) – işveren (sermaye sahibi) olarak kabul edilmelidir.

İrk kavramı, farklı dilleri konuşan yahut farklı dini grupları kapsamadığı gibi, politik, milli ya da etnik grupları da kapsamına almamaktadır. Kanaatimizce ırk kavramı, ten ve saç rengi, fizik ve yüz özellikleri gibi biyolojik bir takım farklılıkları işaret eden ve dar bir şekilde anlaşılması gereken bir kavramdır.

Din, Tanrı'ya, doğüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, bu nitelikteki inançları kurallar, kurumlar, töreler ve semboller biçiminde toplayan, sağlayan düzen olarak tanımlanmakta ve asgari düzeyde hangi tür din ele alınırsa alınsın, hepsinin inanç, ibadet ve cemaat ortak noktalarında birleştiği ifade edilmektedir. Kişinin kendi hayatının anlamı yönünden ulaştığı cevapları ve bu anlamda herkesin bir dini olduğu görüşünü, TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kabul etmek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar kişi, kendi hayat deneyimlerini kavramlaştırmak ve varoluşunu kendi ulaştığı kanaatlere göre devam ettirmek gibi bir özgürlüğe sahip olsa da ceza hukuku terminolojisi bakımından bir yeknesaklığın sağlanması ve 216. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suç tipinin oluşumu bakımından bir sınırlamanın getirilmesi gerekli olmaktadır. Bu nedenle, bu kişilerin sahip olduğu görüşleri, din temeline oturtmaktan ziyade düşünce, kanaat ya da felsefi görüş temeline oturtmanın kavramsal açıdan daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Benzer şekilde "ateizmin", 216. maddenin 1. fıkrası kapsamın din olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

Mezhep bir dinin görüş, yorum ve anlayış ayrılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biri, anlayış, görüş, bölge ise, sınırları idari, ekonomik birliğe, toprak, iklim ve bitki özelliklerinin benzerliğine veya üzerinde yaşayan insanların aynı soydan gelmiş olmalarına göre belirlenen toprak parçası olarak anlaşılmaktadır.

Cinsiyet ise, doğumla beliren bir kavram olup, kadın ya da erkek olarak, kişinin biyolojik statüsünün göstergesidir. Bu biyolojik durum ise öncelikle, kromozomlar, hormon yaygınlığı ve iç ve dış anatomi gibi fiziksel özelliklerle ilişkilidir. Cinsiyet kavramı, toplumsal cinsiyet, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim kavramlarından farklı bir anlama gelmekte ve söz konusu kavramları kapsayıcı bir özellik göstermemektedir.

Karşılaştırmalı hukukta da birçok ülkenin mevzuatı bakımından incelediğimiz üzere, bu ülkelerde, yapılan değişikliklerle çalışma konumuza ilişkin suç tiplerinin mağdur unsurunun genişlemekte olduğu görülmektedir. Bu kapsamda TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasında kendisine karşı kin ve düşmanlık tahrikinde bulunulan halk kesiminin sahip olması gereken özelliklerin, oldukça dar bir temele oturduğunu ve günümüz gelişmelerinin gerisinde kaldığını ifade etmek mümkündür.

Kanaatimizce suçun mağduru salt halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimi olarak sınırlanmamalıdır. TCK'nun 216. maddesinin 1. fıkrasının mağduru tanımlayan kısmı “*Halkın bir kesimini ırk, etnik köken, dini inanç, inançsızlık, mezhep, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, düşünce, siyasi ya da felsefi görüş veya bölge bakımından, sayılan özelliklere sahip diğer bir kesimine karşı*” şeklinde düzenlenmelidir.

Önerdiğimiz metin kapsamında, örneğin halkın belli bir dine inanan bir kesiminin, cinsiyet kimliği bakımından farklı bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi halinde de suçun oluşması mümkün olabilecektir. Benzer şekilde, bu olasılıkta, aynı ayırıcı özelliklere sahip halk kesimi arasında kin ve düşmanlığa tahrik fiillerinin cezalandırılması da söz konusu olabilecektir. Örneğin, aynı etnik kökene sahip olmakla birlikte, farklı dini inanışlara sahip halk kesimlerinin birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi halinde, suçun oluşması söz konusu olacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun konusu, kamu güvenliğidir. Kanun koyucu, suçun cezalandırılmasını, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” objektif cezalandırılabilme şartına bağlamıştır. Diğer yandan suç, bir somut tehlike suçu olmakla birlikte, hâkimin somut olayda, kanuni tarifteki tahrik fiilinden başka,

“*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin*” oluşup oluşmadığını araştırması beklenmektedir. İlk defa 1926 yılında düzenlenen suç tipinde, 07.01.1981 Tarih ve 2370 sayılı Kanun’un 13. maddesi ile yapılan değişiklikle, suçun temel şeklinin oluşması için tahrikin, “*umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması*” şartının çıkarılması dikkate alındığında, 5237 sayılı TCK’unda “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartına yer verilmesi isabetli olmuştur.

TCK’nun 216. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”ndan maksat, tahrik edilen ve kendisine karşı tahrikte bulunulan halk kesimleri arasında oluşan düşmanlık duygularının sonucu olarak, söz konusu halk kesimlerinin yaşam, vücut bütünlüğü, hürriyet, cinsel dokunulmazlık, mülkiyet vs. gibi hakları üzerinde endişe doğuracak boyutta zarar ihtimalinin ortaya çıkmasıdır. Kamuoyunda hararetli tartışmaların yaşanması, belirli kesimlerin sert açıklamalarda bulunarak tepki göstermeleri, düşüncelerin ifadesi ya da tartışılması suretiyle demokratik sürecin işlemesi yahut bu tartışmalardan kamunun rahatsız olması, öfkelenmesi, hoşlanmaması kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıktığı anlamına gelmez.

Uygulamada Yargıtay, “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*”nı İHAM’nin istikrar arz etmeyen “*şiddete tahrik*” ölçütüyle açıklamaya çalışmaktadır. Kanaatimiz bu tür davalarda Yargıtay’ın, kin ve düşmanlığa tahriki salt “*şiddete tahrik*” olarak yorumlamaması, şiddete tahrik etmeyen ifade biçimleri açısından da açık ve yakın tehlike teorisini benimsemesi ve bu teoriye ilişkin ölçütleri kullanması gerektiğidir.

TCK’nun 218. maddesinde, suçun nitelikli hali olarak, “*basın ve yayın yoluyla işlenmesi*” öngörülmüştür. Söz konusu nitelikli hal, 216. maddenin 2. ve 3. fıkraları bakımından da ortak bir nitelikli haldir.

Buna göre, suçun her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla işlenmesi halinde (TCK m.6/1-g) suçun cezası artırılabacaktır. Kanaatimizce bu halde, suçun temel şeklinin oluşması için gereken “*aleniyet*” unsurunun, suçun neredeyse tüm işleniş şekilleri bakımından nitelikli bir hal oluşturması nedeniyle, aleniyetin gerçekleştiği her olayda cezanın peşinen artırılmasının kabulü gerekecektir. Zira bu halde, kin ve düşmanlığa tahrik niteliğindeki fiillerin, internet, radyo, televizyon yahut kitap, dergi,

gazete yoluyla işlenmesi halleri dışında afiş, pankart yahut döviz açmak, el ilanı dağıtmak yoluyla işlenmesi halinde de basın ve yayın yoluyla işlendiği kabul edilebilecektir.

Temel sorun TCK'nun 6. maddesinin düzenleniş şeklinden kaynaklanmakla birlikte, inceleme konumuz bakımından biz, TCK'nun 218. maddesinin değiştirilmesi gerektiğini veya en azından eğer somut olayda suçun işleniş biçimi bakımından, TCK'nun 216. maddesinde suç olarak belirlenen fiillerin yayılmasındaki kolaylık, yayılan içerikteki süreklilik ve bu anlamda suçun çok daha etkili bir şekilde işlenmesi bakımından verilecek cezada bir farklılık yaratılmak isteniyorsa, bunun TCK'nun 61. maddesi kapsamında ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Zira internet, radyo, televizyon, sinema, gazete, dergi yahut kitap gibi geniş kitlelere ulaşmayı sağlayan kitle iletişim araçları dışındaki suçun işlenme şekillerinin, aleniyet unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli ve fakat nitelikli unsurun gerçekleşmesini sağlayacak elverişlilikte bir aleniyete ulaşmamasının, kanun koyucu tarafından belirsizliği önleyecek ve ceza adaletini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü halihazırdaki düzenleme, TCK'nun 6. maddesi de göz önünde bulundurulduğunda, suçun unsuru olan aleniyetle, nitelikli unsurun oluşması bakımından gerçekleşen aleniyet arasında bir farklılık gözetmemektedir.

Suçun manevi unsuru kasttır. Ancak halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira failin, suçun mağduru olan halk kesimlerini madde metninde sayılan özelliklerine göre belirlemesi ve bu özellikleri nedeniyle kin ve düşmanlığa tahrikte bulunması gerekmektedir. Bu anlamda söz konusu suç tipinde failin saiki, uluslararası düzenlemelerde de yer aldığı şekliyle “*nefret saiki*” olmaktadır. Suçun doğal yapısından kaynaklı olarak, nefret, kin, düşmanlık yahut intikam duyguları, tahrik fiilinin nedeni, onun hazırlayıcısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda kanaatimizce de halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu “*özel kasta*” işlenebilen bir suç olmakla birlikte, suçun tüm unsurlarının açıkça ve duraksamaya yer olmadan suç tipinde gösterilmesi gerekliliğinden hareketle, bu saikin madde metninde yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer yandan, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler kapsamında suçun, olası kastla işlenmesinin de mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı şekilde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

Diğer bir husus, kin ve düşmanlığa tahrik fiili neticesinde, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasının ötesinde, kamu güvenliğinin bozulması,

tahrikte bulunan halk kesimine yahut bu kesimin üyelerine karşı bir takım suçların işlenmesi halinde tahrikte bulunanın, işlenen bu suçlar dolayısıyla ne şekilde sorumlu olacağının belirsiz olmasıdır. Bu nedenle kanaatimizce, madde metninde “*Kin ve düşmanlığa tahrik fiili neticesinde, tahrikte bulunan halk kesimi yahut üyelerine karşı hayat, vücut, hürriyet, cinsel veya malvarlığı dokunulmazlıklarını ihlal eden bir suç işlenmesi halinde*” tahrik edene verilecek cezanın artırılacağına ilişkin bir fıkranın eklenmesi ve suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinin düzenlenmesi gerekmektedir.

Tezimizin ikinci bölümünde yer verdiğimiz halkın bir kesimini alenen aşağılama suçuna ilişkin şu tespitlere yer vermemiz mümkündür:

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun tarihi gelişimi incelendiğinde, bu suça ilk defa, 2001 tarihli TCK tasarısının 294/3. maddesinin 4744 sayılı Kanun’un 2. maddesinin aynen kabul edilip, 312. maddede yapılan değişikliğin 765 sayılı TCK’na eklenmesiyle yer verildiği görülmektedir.

Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunda, suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*”dır. Söz konusu suçta aleniyet, bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil, fiilin bir niteliği, suçun bir unsuru olarak öngörülmüştür.

İnceleme konumuz kapsamında kanaatimiz, tahkir, tezyif ve aşağılama kavramları arasında, bir ağırlık farkının olduğudur. Bu anlamda hakaret sözcüğünün karşılığı olarak kullanılan tahkir, tezyif ile aynı anlama gelmekte, ancak aşağılama tahkir ve tezyife göre daha hafif bir saldırı teşkil etmektedir. Bu nedenle, hem TCK bakımından terminoloji birliğinin sağlanması hem de 216. maddenin 2. ve 3. fıkralarında, kanun koyucunun ceza yaptırımına bağlamak istediği fiilin, belli ağırlıktaki saldırılara yönelik olması gerektiği amacından yola çıkarak, 216. maddenin 2. maddesi bakımından, “*aşağılamak*” fiili yerine “*insan onurunu zedeleyecek bir şekilde aşağılamak*” yahut “*tahkir etmek*”, fiilin suç olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fiilin nitelikleri bakımından konunun değerlendirmesine gelecek olursak, halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun, icrai, serbest, ani ve tek hareketli suçlar kapsamında değerlendirilebileceğini söylememiz mümkündür. Diğer yandan suç, neticesiz bir suçtur. Zira kanun koyucu, suçun oluşması bakımından hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesini aramamıştır. Bu anlamda tahrik hareketinin yapılmasıyla birlikte suç oluşur.

Suç, fail bakımından bir özellik arz etmemektedir. Suçun mağduru ise, halkın “sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge” bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimidir. Failin aşağılama fiilini işlerken, aşağılamanın yöneldiği topluluğun ya da halk kesiminin özellikleri bakımından hataya düşmesinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur.

Karşılaştırmalı hukukta da birçok ülkenin mevzuatı bakımından incelediğimiz üzere, bu ülkelerde, yapılan değişikliklerle çalışma konumuza ilişkin suç tiplerinin mağdur unsurunun genişlemekte olduğu görülmektedir. Bu kapsamda TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrasında aşağılamaya maruz kalan kesiminin sahip olması gereken özelliklerin, oldukça dar bir temele oturduğunu ve günümüz gelişmelerinin gerisinde kaldığını ifade etmek mümkündür.

Kanaatimizce suçun mağduru salt halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimi olarak sınırlanmamalıdır. TCK’nun 216. maddesinin 2. fıkrasının mağduru tanımlayan kısmı “*Halkın bir kesimini ırk, etnik köken, dini inanç, inançsızlık, mezhep, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, düşünce, siyasi ya da felsefi görüş veya bölge farklılığına dayanarak*” şeklinde düzenlenmelidir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun konusu, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı özelliklerine sahip kesiminin onurudur. Suç, bir tehlike suçudur. Zira madde metninde aşağılamanın halk kesiminin saygınlığını, onurunu zedelemesi şeklinde bir zarar aranmayıp, bu değerlerin zarar görme ihtimalini doğurması yeterli görülmektedir. Halkın bir kesimini alenen aşağılama suçu, somut değil, soyut tehlike suçu olduğudur. Zira hâkimin somut olayda suçun konusunun gerçekten tehlikeye düşürülüp düşürülmediğini araştırmasına gerek yoktur.

Suçun nitelikli hali olarak, “*basın ve yayın yoluyla işlenmesi*” öngörülmüştür. Kanaatimiz, 216 maddenin 1 fıkrasına ilişkin yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, TCK’nun 218. maddesinin değiştirilmesi veya en azından eğer somut olayda suçun işleniş biçimi bakımından, TCK’nun 216. maddesinde suç olarak belirlenen fiillerin yayılmasındaki kolaylık, yayılan içerikteki süreklilik ve bu anlamda suçun çok daha etkili bir şekilde işlenmesi bakımından verilecek cezada bir farklılık yaratılmak isteniyorsa, bunun TCK’nun 61. maddesi kapsamında ele alınması gerektiğidir.

Suçun manevi unsuru kasttır. Ancak halkın bir kesimini aşağılama suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira failin, suçun mağduru olan halk

kesimlerini madde metninde sayılan özelliklerine göre belirlemesi ve bu özellikleri nedeniyle aşağılama fiilini işlemesi gerekmektedir. Bu anlamda söz konusu suç tipinde failin saiki, uluslararası düzenlemelerde de yer aldığı şekliyle “*nefret saiki*” olmaktadır. Suçun doğal yapısından kaynaklı olarak, nefret, kin, düşmanlık yahut intikam duyguları, tahrik fiilinin nedeni, onun hazırlayıcısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda kanaatimizce de halkın bir kesimini alenen aşağılama suçu “*özel kastla*” işlenebilen bir suç olmakla birlikte, suçun tüm unsurlarının açıkça ve duraksamaya yer olmadan suç tipinde gösterilmesi gerekliliğinden hareketle, bu saikin madde metninde yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer yandan, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler kapsamında suçun, olası kastla işlenmesinin de mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı şekilde halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun, taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

Tezimizin ikinci bölümünde yer verdiğimiz dini değerleri alenen aşağılama suçuna ilişkin şu tespitlere yer vermemiz mümkündür:

Dini değerleri alenen aşağılama suçunun tarihi gelişimi incelendiğinde, TCK’nun 216. maddesinin 3. fıkrasının tam karşılığının 765 sayılı Kanun’da bulunmadığı görülmektedir. Ancak, 765 sayılı Kanun’un 175. maddesinin 3. fıkrası konumuz kapsamında değerlendirilebilecek hükümler içermektedir.

Suç ile korunan hukuki değer kamu barışıdır. Ancak bu suç ile din özgürlüğünün de korunduğu ifade edilmektedir. Kanaatimiz, bir dinin ya da dini değer tahkir edilmesinin, en azından ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulmasının gerekliliği bakımından tek başına, bir dini inanca sahip olma, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü engelleyecek ya da zorlaştırabilecek elverişlilikte olmaması nedeniyle, din özgürlüğünün bu suç ile korunan hukuki değer olmadığıdır.

Dini değerleri alenen aşağılama suçunda, suç teşkil eden fiil, “*alenen aşağılama*”dır. Söz konusu suçta aleniyet, bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil, suçun bir unsuru olarak öngörülmüştür.

İnceleme konumuz kapsamında kanaatimiz, tahkir, tezyif ve aşağılama kavramları arasında, bir ağırlık farkının olduğudur. Bu anlamda hakaret sözcüğünün karşılığı olarak kullanılan tahkir, tezyif ile aynı anlama gelmekte, ancak aşağılama tahkir ve tezyife göre daha hafif bir saldırı teşkil etmektedir. Bu nedenle, hem TCK bakımından terminoloji birliğinin sağlanması hem de 216. maddenin 2. ve 3. fıkralarında, kanun koyucunun ceza

yaptırımına bağlamak istediği fiilin, belli ağırlıktaki saldırılara yönelik olması gerektiği amacından yola çıkarak, 216. maddenin 3. fıkrası bakımından “*tahkir etmek*” fiilinin suç olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fiilin nitelikleri bakımından konunun değerlendirmesine gelecek olursak, dini değerleri alenen aşağılama suçunun, icrai, serbest, ani ve tek hareketli suçlar kapsamında değerlendirilebileceğini söylememiz mümkündür. Diğer yandan suç, neticesiz bir suçtur. Zira kanun koyucu, suçun oluşması bakımından hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesini aramamıştır. Bu anlamda tahrik hareketinin yapılmasıyla birlikte suç oluşur.

216. maddenin 3. fıkrasında kanun koyucu, “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresi ne yer vermiştir. Kanaatimizce, dini değerleri aşağılama suçunda yer alan “*fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması*” ibaresi, objektif cezalandırma şartı olmayıp, icra hareketlerinin taşınması gereken niteliği anlatan ve bu anlamda “*fiilin elverişliliği*” ile ilgili bir meseledir.

İlk olarak, dini değerleri aşağılama suçunu konusu, “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler*”dir; zira burada, aşağılama fiilinin yöneldiği şey, “*dini değerler*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, eğer bu suç tipi, zarar yahut tehlike suçu olarak nitelendirilecekse, ortaya çıkan zarar ya da tehlikenin suçun konusu üzerinde bir başka ifadeyle “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler*” üzerinde etki yaratması gerekmektedir. Oysa madde metni incelendiğinde, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler üzerinde bir zarar yahut tehlike yaratılmasından bahsedilmemekte, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olmasından bahsedilmektedir. Kanun koyucu bu suç tipinde, aşağılama fiilinin işlenmesinin ardından, “*kamu barışı açısından bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartını aramamaktadır. Bir başka ifadeyle suçun konusu üzerinde değil, korunan hukuki değer üzerinde bir tehlikenin yaratılması haline dikkat çekilmektedir. Bu özelliği ile 3. fıkradaki düzenleme 1. fıkradaki düzenlemeden açıkça farklılık arz etmektedir. Zira halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda kanun koyucu, tahrik fiilinin kamu güvenliğini bozmaya elverişli olmasını aramamakta, madde kapsamındaki tahrikin suçun kanuni tarifindeki unsurları gerçekleştirmeye uygun olduğunu evleviyetle kabul etmektedir. Kanun koyucu burada cezalandırmayı, tahrik fiili nedeniyle “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartına bağlamaktadır. Böylece üzerinde zarar tehlikesi ortaya çıkan şey, “*kamu güvenliği*” olmakta ve suç somut tehlike suçu olarak

değerlendirilebilmektedir. Oysa dini değerleri aşağılama suçu, kamu barışını bozmaya elverişli aşağılamanın işlenmesiyle oluşacağından ve hâkim tarafından suçun konusu üzerinde bir tehlike oluşup oluşmadığı hususunda bir değerlendirmeyi gerekli kılmadığından, soyut tehlike suçudur.

Yargıtay söz konusu ibareyi, hatalı olarak “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” olarak yorumlamakta ve objektif cezalandırılabilme şartı olarak görmektedir.

1. Fıkra, bir anlamda korunan hukuksal değere zarar verilmesi olasılığının artık tesadüflere kalmış olmasının yanında, acil olarak müdahale edilmesini gerektiren bir kriz ortamının ortaya çıkmış olması ve bu durumun, kamu güvenliği hukuksal değerinin ideal değerleri olan yaşam, vücut bütünlüğü, hürriyet, malvarlığı vb. değerler ile bu değerlerin güvenliğini sağlamaya yönelik organların işlevlerine karşı, ciddi ve endişe verici tehditler yaratması gerekliliği söz konusudur. 3. Fıkra bakımından ise, kanun koyucu böyle bir ortamın oluşmasını aramamakta, kişilerin dini duygularını inciten, saygısızlık olarak nitelendirilebilecek ifadeleri, kamu barışını bozmaya elverişlilik kapsamında değerlendirmektedir. Zira kamu barışı kavramı, hem genel hukuk güvenliğine hem de kamu güvenliğine ilişkin ideal/soyutu ifade eden “*olumlu duygu*”ları ihtiva eden bir kavram olduğundan, kamu güvenliğinin bozulma tehlikesine yönelik duygu (olumsuz duygu) müdahale için yeterli sayılabilir. Bu nedenle kanaatimiz, madde metninin değiştirilerek, failin cezalandırılmasının “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartına bağlanmasıdır.

Suç, fail bakımından bir özellik arz etmemektedir. Suçun mağduru ise, benimsediği dini değerleri aşağılanan halk kesimidir. Bu nedenle, suçun oluşabilmesi, aşağılamanın, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler hedef alınmak suretiyle işlenmesine bağlıdır.

Dini değerleri aşağılama suçunu konusu, “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler*”dir.

Dini değer kavramının, dini sembol kavramından daha geniş ve onu kapsayan bir niteliği olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira dini değer, mutlaka bir nesne ya da işaret ile somutlaşması zorunlu değildir. Bu değer, o dini temsil eden ve ibadet edilmesini sağlayan bir nesne, ibadet yeri olabileceği gibi dini şahsiyetler, o dinin yerine getirilmesini zorunlu/gerekli kıldığı kurallar, yerine getirilmesi ödevini yüklediği ritüeller yahut var olduğuna inanılan ve kıymet atfedilen soyut mevzu ve düşünceleri de ihtiva edebilir. Önem

arz eden mesele, dini niteliği bulunan hususların aynı zamanda kültürel ya da tarihi bir anlamı olup olmadığı ve hangi niteliğin daha ağır bastığı değerlendirilmek suretiyle bir sonuca ulaşılması gerektiğidir.

Suçun nitelikli hali olarak, “*basın ve yayın yoluyla işlenmesi*” öngörülmüştür. Kanaatimiz, 216 maddenin 1 fıkrasına ilişkin yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, TCK’nun 218. maddesinin değiştirilmesi veya en azından eğer somut olayda suçun işleniş biçimi bakımından, TCK’nun 216. maddesinde suç olarak belirlenen fiillerin yayılmasındaki kolaylık, yayılan içerikteki süreklilik ve bu anlamda suçun çok daha etkili bir şekilde işlenmesi bakımından verilecek cezada bir farklılık yaratılmak isteniyorsa, bunun TCK’nun 61. maddesi kapsamında ele alınması gerektiğidir.

Suçun manevi unsuru kasttır. Ancak dini değerleri aşağılama suçunun yapısı ve mağdurlarının sahip olduğu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira aşağılama fiili, halkın belli bir kesiminin benimsediği dini değerler hedef alınmak suretiyle işlenmelidir. Bir başka ifadeyle suçun doğal yapısından kaynaklı olarak, aşağılama belli bir dini inanış hedef alınarak ve bu inanışı benimseyen halk kesiminin önem atfettiği “*değerler*” üzerinden aşağılama fiiline hedef olmalıdır. Zira düşüncemiz, suç tipiyle bizatihi “*dini değerlerin*” değil, bu değerleri benimseyen halk kesiminin dolaylı bir şekilde aşağılanması suretiyle kamu barışının korunmasının amaçlandığıdır. Bu anlamda, kanaatimizce dini değerleri alenen aşağılama suçu “*özel kastla*” işlenebilen bir suç olmakla birlikte, suçun tüm unsurlarının açıkça ve duraksamaya yer olmadan suç tipinde gösterilmesi gerekliliğinden hareketle, madde metninin muhafazası söz konusu olacaksa “*ilgili dini inanışı benimseyen halk kesimini tahkir maksadıyla*” şeklindeki saikin madde metninde yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

Diğer yandan, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler kapsamında suçun, olası kastla işlenmesinin de mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı şekilde halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun, taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 216. maddede düzenlenen suç tipleri, belli ağırlıktaki ifade biçimlerini cezalandırma amacı doğrultusunda vücuda getirilmiştir. Bu nedenle, toplumsal yaşantı içerisinde, kişi veya kişiler, karakteristik bir takım özelliklere sahip bazı gruplar/topluluklar veya kimlikler hakkında olumsuz düşünme, onları beğenmeme yahut eleştirme gibi bir özgürlüğe sahiptirler. Dolayısıyla, bu grubun

kültürü, yaşam şekli, tercihleri yahut gelenekleri gibi kendilerine özgü bazı özellikleri hakkında olumsuz fikirler beyan edilmesi ya da bu grup/topluluktan hoşlanılmadığının ifade edilmesinin suç teşkil edebilecek bir yönü bulunmamaktadır. Zira bir ifadenin “*nefret söylemi*” şeklinde ifade edilmesi ile “*makul*” şekilde ifade edilmesi, insan onuru ve güvenliği gibi nedenlerle tartışılması sona ermiş, tartışılması da bazı temel kavramlar bakımından katkı sağlamayan ifadelerin sınırlandırılması ile güncel bir tartışmaya katkı sağlayan ifadelerin sınırlandırılması ve nihayet kişilerin onur ve güvenliğini ihlal eden ifadelerle, sadece inciten ya da hoşlanmama duygusunu dışa vuran ifadeler arasında bir ağırlık farkının olduğu aşıkardır¹¹⁷⁴. *Mill*’in de ifade ettiği üzere, bir fiilin suç olarak düzenlenmesi, bu fiili işleyen kişinin cezalandırılmasını anlamına gelecektir. Ceza ise kişi üzerinde oldukça büyük zararlara sebebiyet vereceğinden, gerekliliği üzerinde mutabakat sağlanmadıkça, bu yol tercih edilmemelidir. Bu anlamda, kişinin davranışı, ancak, bu davranıştan başkalarının güvenliğinin etkilemesi söz konusu olduğunda topluma hesap verilebilir nitelikte olacaktır¹¹⁷⁵.

Bununla birlikte, söz konusu bu özgürlük, mağdur grup/topluluğunun, failin tasvip etmediği ya da kendisinde olumsuz duygular uyandıran bir takım özellikleri nedeniyle, yaşam veya mülkiyet haklarının ortadan kaldırılması, vücut bütünlükleri, şeref ve haysiyet haklarının ihlal edilmesi bu anlamda fiziksel ya da psikolojik şiddete maruz bırakılması ya da maruz bırakılma tehdidi ile yaşamlarını idame ettirmeleri, huzur ve sükûnlarının bozulması anlamına gelmemektedir. Her ne kadar, nefret söylemini sınırlandırma girişimlerinin, ifade özgürlüğü ve demokrasi kültürünün geliştiği ve kişi özerkliğinin kabul edildiği bir toplumda kabul edilebilir olmadığı, ifadenin sınırlandırılmasının, şiddet olaylarını daha da artıracığı görüşleri savuluyor olsa da insan onuru ve buna bağlı olarak da kamu yararı, kamu güvenliği gibi olguların gerektirdiği bazı hallerde (çocuk pornografisinin yasaklanması ya da bir kimseyi öldürmenin ifade özgürlüğü kabul edilmemesi gibi) bu ifadelerin yöneldiği mağdur kesiminin yasalarla korunması¹¹⁷⁶ ve dolayısıyla bu nitelikteki fiillerin, ceza hukuku kapsamında suç olarak düzenlenmesi gerekliliği sosyolojik bir gerçektir.

¹¹⁷⁴ WALDRON, s. 1652.

¹¹⁷⁵ MORGAN, s. 7.

¹¹⁷⁶ WALDRON, s. 1635 vd.

Ancak değinilmesi gereken diğerk bir husus, nefret suçı/söylemi ile mücadelenin salt ceza hukuku araçlarıyla gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığıdır. Demokrasi kültürünün gelişmesini sağlamaya yönelik olarak, serbest tartışma ortamının sağlanması, düşünceyi ifade özgürlüğünün yargı organları tarafından daha geniş bir şekilde yorumlanması, toplumda farkındalık yaratılması ve eğitimle söz konusu soruna ilişkin problemlerin aşılmaya çalışılması gerekliliğı¹¹⁷⁷ bir yana Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen R (97) 20 sayılı kararının 2 numaralı tavsiyesinde belirtildiğı gibi, nefret söylemlerinin, ülkemizde de ilgili sivil toplum kuruluşlarına hukuk davası açabilme hakkının verilmesi, nefret söylemi mağdurlarına tazminat ödenmesi ve mahkemelere, mağdura cevap verme hakkının tanınması ya da bu içerikteki söylemlerin geri çekilmesini emretme yetkisinin verilmesi gibi özel hukuk yöntemlerinin kullanılması sorunun çözülmesine bir adım daha yaklaşılmasını sağlayacaktır¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁷ **BUYSE**, Word of Violence: “Fear Speech”, or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, s. 797.

¹¹⁷⁸ **KOLTAY**, s. 4.

KAYNAKÇA

AĞIRBAŞLI, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1199>, (Erişim Tarihi: 13.05.2014),

AKGÜL, Mehmet, Emin, İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması, AÜHFD, Yıl: 2012, Cilt:61, No:1,

AKGÜNER, Tayfun, Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler, İÜİHD, Cilt: 6, Sayı: 1-3, 1985,

AKILLIOĞLU, Tekin, Kamu Yararı Üzerine Düşünceler, yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDU0MDU0MDUx, (Erişim Tarihi: 03.04.2014),

AKINCI SOKULLU, Füsün, Hate Crimes, Annales XLI, N. 58, 2009,

ALACAKAPTAN, Uğur, Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/337/3425.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.03.2016),

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, AÜHFY No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975,

ALACAKAPTAN, Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt 2, 2000,

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), TBBY: 76, 2005,

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru, www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/46/1/yilmaz.pdf, (Erişim Tarihi: 15.06.2015),

ALŞAHİN, M. Emin, Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (5237 Sayılı TCK. m. 151 vd.), Turhan Kitabevi, Ankara, 2010,

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.03.2016),

ANTINEAU, Chester, James, Clear and Present Danger--Its Meaning and Significance, Notre Dame Law Review, Vol. 25, Iss. 4, 1950,

ARIKAN, Baha, Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyet, ABD, Sayı: 1, 1954,

ARSLAN, Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksek-mahkemesi-kararlarinda-ifade-ozgurlugu.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.08.2014)

ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 2005,

ARSLAN, D. Ali, Sınıf Teorisinin Açmazları ve İktidar Analizinde Bir Alternatif Olarak Elit Teorisi, <http://web.firat.edu.tr/sosyalbil/dergi/arsiv/cilt16/sayi1/363-382.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.05.2014)

ARSLAN, D. Ali, Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar, <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi8/arslan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2014)

ARTUK, Mehmet, Emin, YENİDÜNYA, Caner, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi (TCK.m.51), Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003,

ARTUK, M. Emin, ALŞAHİN, M. Emin, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHFHAD Cilt:20, Sayı:1, İstanbul 2014

ARTUK, Mehmet, Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016,

ARTUK, Mehmet, Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015,

ARTUK, Mehmet, Emin, Türklüğü, Cumhuriyeti,Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 sayılı TCK m. 301), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-321>, (Erişim Tarihi: 14.11.2013)

ARTUK, Mehmet, Emin, ALŞAHİN, Mehmet, Emin, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt: 19,

ARTUK, Mehmet, Emin, Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler, İBD, Cilt:71, Sayı:7-8-9, 1997,

ATAKAN, Arda, Kamu Düzeni Kavramı, MÜHFHAD, Cilt: 13, Sayı: 1-2, Yıl: 2007,

ATAKAN, Arda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme, MÜHFHAD, Cilt: 16, Sayı: 3-4, 2010,

ATALAY, Esra, Vicdan Özgürlüğü, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 21-22, 1999-2000,

ATALAY, Esra, Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi, DEÜHFD, Cilt: 6, Sayı: 2, 2004,

ATTIAS, Bernardo, Alexander, Hate Group Speech in the Public Forum: Free Speech or Free for All?, Western States Communication Association Convention, 25.02.2001, www.csun.edu/~hfspc002/hatespeech.pdf, (Erişim Tarihi: 07.10.2015),

AYBAY, Rona, Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, AÜSBFD, Cilt:33, Sayı:1, 1978,

AYDIN, Öykü, Didem, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004,

AYDIN, Öykü, Didem, Düşünce Özgürlüğü İlkesi Işığında Salt İfade ve İletişimsel Eylem Suçları, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1055.htm, (Erişim Tarihi: 14.11.2013),

AYVERDİ, İLHAN, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lügatı,

BAL, Hüseyin, Anthony H. Birch'in Siyasal Teorisinde Milliyetçilik Kavramı ve İdeolojisi, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 7, S: 31,

BANKS, James, Siberalemde Sınır Aşan Nefret Söylemleri Konusunda Avrupa Düzenlemeleri: Yasal Düzenlemenin Sınırları, Çev. Celalettin Dönmez, Küresel Bakış, Yıl: 4, Sayı: 13, Nisan 2014,

BARNUM, David, G., The Clear and Present Danger Test in Anglo-American and European Law, San Diego International Law Journal, Vol. 7, Iss. 2, 2006,

BAYRAKTAR, Köksal, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977,

BAYRAKTARLI, İhsan Yılmaz, Ulus Devlet Eseri “Sınırdakiler”, <http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/Ihsan%20y%20bayraktar%20tam.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.05.2014),

BELKNAP, Michal R., Why Dennis v. United States is a Landmark Case, Journal of Supreme Court History, Vol. 34, Iss. 3, 2009,

BIÇAK, Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002,

BLEICH, Erik, The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies, Journal of Ethnic and Migration Studies, Vol.37, No. 6, July 2011,

BLEICH, Erik, Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in The European Legal Context, Kavita Khory, Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century, New York, 2012,

BLEICH, Erik, Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe, Journal of Ethnic and Migration Studies, Vol. 40, No. 2, 2014,

BLOUSTEIN, Edward J., Criminal Attempts and the Clear and Present Danger Theory of the First Amendment, Cornell Law Review, Vol. 74, Iss. 6, 1989,

BOTTOMORE, T. B., Modern Cemiyette Sosyal Sınıflar, Çev. Adnan GÜRİZ, AÜHFD, Sayı: 1, Cilt:18, 1961,

BOZKURT, Enver, DOST, Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, SDÜİİBFD, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1,

BOZKUŞ, Metin, İslâm Mezhepleri Tarihi Açısından Dini Düşüncenin Geçirdiği Evreler, <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/339.pdf>, (Erişim Tarihi:11.04.2014),

BUYSE, ANTOINE, Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, April 2014,

BUYSE, ANTOINE, Word of Violence: “Fear Speech”, or How Violent Conflict Escalation Relates to Freedom of Expression, Human Rights Quaterly, Vol. 36, No. 4, November 2014,

CAN, Osman, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantelin Matbaası, 2003,

CAN, Osman, “Kutsallar” ve Düşünce Özgürlüğü, CHD, Yıl: 2, Sayı:5, Aralık 2007,

CAN, Osman, Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf, (Erişim Tarihi:10.06.2015),

CANDAN, Burak, Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 29 Eylül- % Ekim 1969), Suç ve Ceza, 2009, Sayı: 3,

CENTEL, Nur, ZEFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016,

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014,

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2015,

CİHAN, Erol, Cürüm Fiilini Övme, İÜHFM, Cilt XXXIV, Sayı 1-4, İstanbul, 1969,

CİHAN, Erol, Yasalara İtaatsizliğe Tahrik, İÜHFM, Cilt 36, Sayı 1-4, İstanbul, 1970,

CİHAN, Erol, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312), İHFM, XL, S. 1-4, İstanbul, 1974,

CİHAN, Erol, Milli Duygulara Aykırı Propaganda Yapma Suçu (TCK. m. 142/b. 3), İÜHFM, Cilt:43, Sayı: 1-4 (1977),

CİHAN, Erol, Ceza Hukukunda Propaganda Kavramı, İÜHFM, Cilt:43, Sayı: 1-4, 1977,

CİHAN, Erol, İfade Özgürlüğü Açısından TCK. m.312'deki Suçun Değerlendirilmesi, <http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=139> , (Erişim Tarihi: 07.11.2013)

ÇAKMUT YENERER, Özlem, “Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999,

ÇELİK, Abdullah, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı, TAAD, Yıl:6, Sayı:20, Ocak 2015,

COMPARATIVE HATE SPEECH LAW: ANNEXURE, March 2012, [http://www.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_\(2\).pdf](http://www.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_(2).pdf), (Erişim Tarihi: 23.06.2015),

DARAGENLİ, Vesile, Sonay, Tehlike Suçları, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999,

DANCHIN, Peter G., Defaming Muhammad: Dignity, Harm, and Incitement to Religious Hatred, Duke Forum For Law & Social Change, Volume: 2:5, 2010,

DİLBER, Fadime, Kitle İletişim Araçları ve Suç Olgusu, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı I): 60-66, 2014,

DİNÇKOL, Bihterin, Türkiye’de Anayasal Düzen ve Laiklik, <http://acikerisim.iticu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11467/167/M00007.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 01.08.2015),

DOĞAN, Lütfi, Din ve Toplum, Sosyoloji Konferansları Dergisi, Sayı:17, 1979,

DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh, The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of The American and European Approaches, William&Mary Bill of Rights Journal, Vol.7, Iss. 2, February 1999,

DOW, David R., SHIELDES, R. Scott, Rethinking the Clear and Present Danger Test, Indiana Law Journal, Vol. 73, Iss. 4, 1998,

DOW, David R., The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test, William& Mary Bill of Rights Journal, Vol. 6, Iss. 3,

DÖNMEZ, DEMREN, Burcu, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik, İÜHF C. LXXI, s.1, 2013,

DÖNMEZER, Sulhi, BAYRAKTAR, Köksal, Basın Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013,

DÖNMEZER, Sulhi, Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü, Erdem Atatürk Kültür Merkezi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 42, Ocak 2005,

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2004,

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I, Filiz Kitabevi, 9. Bası, İstanbul,, 1985,

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, Beşinci Bası, İstanbul 1983,

DÖNMEZER, Sulhi, Sosyoloji, İ.İ.T.İ.A Nihad Sayar- Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları No: 299/526, İstanbul, 1978,

DÖNMEZER, Sulhi, Matbuat Suçları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946,

DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım, 2003,

DURSUN, Selman, Mağdurun Suça Yol Açması, İÜHFM, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003,

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, www.britannica.com, (Erişim Tarihi: 04.03.2016),

ENGİNTALAY, Osman, Tatlav/Türkiye Davası, İBD, AİHM Kararları, Cilt: 80, Sayı: 3, 2006,

ERDEM, Fazıl, Hüsnü, Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, ABD, Sayı: 1998/1,

ERDEM, Fazıl, Hüsnü, Tck'nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni, AÜHFD Cilt:52, Sayı: 1, 2003,

ERDOĞAN, Mustafa, Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü, http://www.libertedownload.com/ldt/din%20hurriyeti/Mustafa_Erdogan_Din.pdf, (Erişim Tarihi: 22.07.2015),

ERDOĞAN, Mustafa, Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Cantekin Matbaası, 2003,

EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet, ARTUK, Mehmet, Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 1997,

EREM, Faruk, Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti, AÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 3, 1951,

EREM, Faruk, Suç İşlemeye Tahrik, Adalet Dergisi, Ocak 1955, Yıl: 46 Sayı:1,

EREM, Faruk, Suça İştirak, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1946-03-01/AUHF-1946-03-01-Erem.pdf> , (Erişim Tarihi:14.03.2014),

EREM, Faruk, TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, AÜHFY No: 312, Ankara, 1973,

EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt:1, Genel Hükümler, Ankara, 1976,

EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993,

ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Cürümleri, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950,

ERMAN, Sahir, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu, İBD, 1951 ,Cilt: XXV,

ERMAN, Sahir, Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999,

ERSOY, Uğur, Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibiyle Bağdaştırılabilirliği, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1327>, (Erişim Tarihi: 14.02.2014),

ESER, ALBIN The Law of Incitement and The Use of Speech to Incite Others to Commit Criminal Acts, German Law in Comparative Perspective, (Erişim Tarihi:13.12.2013),

EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Austria, Counsil of Europe, 2015,

EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Austria, Counsil of Europe, 2010,

EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Czech Republic, Counsil of Europe, 2015,

EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Estonia, Counsil of Europe, 2015,

EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Estonia, Counsil of Europe, 2010,

EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Greece, Counsil of Europe, 2015,

EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Hungary, Counsil of Europe, 2015,

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Poland, Council of Europe, 2015,

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Belgium, Council of Europe, 2014,

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Netherlands, Council of Europe, 2013,

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Finland, Council of Europe, 2013,

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Sweden, Council of Europe, 2012,

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on Denmark, Council of Europe, 2012,

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM and INTOLERANCE, ECRI Report on France, Council of Europe, 2010,

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, The Court Gives Several Decisions on Conspicuous Religious Symbols, Press Release Issued by the Registrar, 584, 17.07.2009, (Erişim Tarihi: 08.11.2015)

EUROPEAN PARLEMENT STUDY, The European Legal Framework on Hate Speech, Blasphemy and It's Interaction with Freedom of Expression, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2015,

FISCH, William B., Hate Speech in the Constitutional Law of the United States, University of Missouri Scholl of Law Scholarship Repository, Faculty Publications, Volume: 50, 2002,

FLAUSS, JEAN-FRANCOIS, The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression, Indiana Law Journal, Vol. 84, Iss. 3, Article:3, 2009, <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1124&context=ilj>, (Erişim Tarihi: 11.12.2013),

GARD, Stephen W., Fighting Words as Free Speech, Washington University Law Review, Vol. 58, Iss. 3, 1980,

GEY, Steven G., Few Questions about Cross Burning, Intimidation, and Free Speech, Notre Dame Law Review, Vol. 80, Iss. 4, 2005,

GIANFREDA, Anna, Religious Offences in Italy: Recent Laws Concerning Blasphemy and Sport, Ecclesiastical Law Journal, Vol. 13, Iss. 2, 2011,

GIDDENS, Anthony, Sosyoloji, Kırmızı Yayınları, Ağustos 2013,

GILLES, Susan M., Brandenburg v. State of Ohio: An “Accidental”, “Too Easy”, and “Incomplete” Landmark Case, Capital University Law Review, Volume: 38, 2010,

GÖKCEN, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001,

GÖKCEN, Ahmet, Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222), www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc, (14.08.2015),

GÖREN, Zafer, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, İTÜSBD, Yıl: 12, Sayı: 24, Güz, 2013/2,

GREENAWALT, Kent, Fightning Words Individuals, Communities and Liberties of Speech, Princeton University Press, 1996,

GÜLSEREN, Fehmi, Şener, Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı, LAÜSBD, Haziran 2014,

GÜLTEKİN, Nil, Melek, Fransa, İtalya ve Türkiye’de Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Kapsamında Dini Sembollerin Kullanımı, Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, Temmuz, Ağustos, Eylül 2010,

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011,

GÜNDEL, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009,

GÜNDÜZ, Aslan, Türkiye’nin AB Üyeliği ve AB’de Din Özgürlüğü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2000,

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/ifade%20hurriyeti.doc , (Erişim Tarihi: 09.09.2014),

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012,

HAN, Eun Hee, Hate Crimes and Hate Speech, The Georgetown Journal of Gender and the Law, Vol: 7, 2006,

HEALY, Thomas, Brandenburg in a Time Of Terror, Notre Dame Law Review, Vol. 84, Iss. 2, 2009,

HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Editör: Prof. Dr. Dr. H. C. Yener ÜNVER, Adalet Yayınevi, 2014,

HEYWOOD, Andrew, Siyasetin Temel Kavramları, Adres Yayınları, Kasım 2012,

HILLGRUBER, Christian, Legal Limits of a Permissible Criticism of Religion, German Law Journal, Vol. 17, No. 02, 2016,

HÖRNLE, Tatjana, KREMNITZER, Mordechai, Human Dignity As a Protected Interest In Criminal Law, Israel Law Review, Vol.44:143, 2011,

HUSTER, Stefan, “Auschwitz Yalanı”nın Yasaklanması, Düşünce Özgürlüğü ve Federal Anayasa Mahkemesi, Çev. AYDIN, Öykü, Didem, HÜHFD, Cilt:1, Sayı: 1, 2011,

İÇEL, Kayıhan, Kitle İletişim Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015,

İÇEL, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, İstanbul, 2014,

İÇEL, Kayıhan, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih S., ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, Sebat Yayıncılık, İstanbul, 1999,

İNCEOĞLU AYTEKİN, Asuman, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Derleyen: Yasemin İnceoğlu, Ayrıntı Yayınları, 2012,

İNCEOĞLU, Yasemin G., New York Times ve Basın Özgürlüğü, Marmara İletişim Dergisi, Sayı:4, Ekim 1993,

JONES, Thomas, David, Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression and The Law Of Nations: What International and Domestic Laws Can Teach The United States, Kitabın Eleştirisini Yapan: **Julie Mertus**, Houston Journal Of International Law, Volume: 21, Issue: 3, 1999,

KABOĞLU, İbrahim Ö., Kollektif Özgürlükler, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989,

KABOĞLU, İbrahim, Ö., Din Özgürlüğü, AÜSBFD, Yıl: 1991, Sayı: 46, Cilt: 1,

KABOĞLU, İbrahim Ö., İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), TBBY: 76, 2005,

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, İstanbul, 2012,

KAJN, Robert A., Why Do Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post, Hofstra Law Review, Volume: 41, 2013,

KANATOĞLU, Korkut, Laiklik ve Din Özgürlüğü, TBB Dergisi, Sayı: 109, 2013,

KANGAL, Zeynel T., Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, İÜHFM, Cilt 68, Sayı 1-2 2010,

KANGAL, Zeynel T., Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, EÜHFD, Cilt: XIV, Sayı 3-4, 2010,

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993,

KARASLAN, Erol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi, www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2004-3/6.pdf, (Erişim Tarihi: 12.06.2015)

KIYAK, Fahrettin, Ceza Kanunu Tatbikatında Aleniyet, ABD, s. 4-5, 1959,

KILINÇ, Ümit, Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Teorisi ile Devletin Dinlere Karşı Tarafsızlığı Prensibi Üzerine, TAAD, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:7, 2011,

KİZİROĞLU, KESKİN, Serap, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010,

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015,

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015,

KOÇAK, Mustafa, Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak "Cumhuriyetin Nitelikleri", e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı:21, Kasım, 2003,

KOLTAY, ANDRÁS, Hate Speech and The Protection of Communities in The Hungarian Legal System, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2197914, (Erişim Tarihi: 06.01.2014),

KOMMERS, Donald P., The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany, Notre Dame Law School NDLScholarship, Vol. 53, 1980,

KORKUT, Levent, İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi, ABD, Yıl: 65, Sayı: 1, 2007,

KUDLİCH, Hans (Koordinatör), Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar, (Çevirenler: **TEPE, İlker, MERAKLI, Serkan, OĞLAKÇIOĞLU, Mustafa**), CHD, Nisan 2012, Sayı:18,

KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949,

KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954,

KURT, Abdurrahman, Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu, UÜİFD, Cilt:17, Sayı:2, 2008,

KUŞÇU, Emir, Kutsal Kavramını Yeniden Düşünmek: Mana Modelinden Düzen Nosyonuna Doğru, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi Cilt: 11, Sayı: 3,

KUZU, Burhan, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), TBBY: 76, 2005,

LAWRENCE, Frederick, M., The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, Michigan Law Review, Vol. 93, No. 2, Nov., 1994,

LAWRENCE, Frederick, M., Resolving The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punching Bias Crimes and Protecting Racist Speech, Notre Law Review, Vol. 68, Iss. 4, April, 2014,

LUGATO, MONICA, The “Margin Of Appreciation” and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity, Journal of Catholic Legal Studies, Vol. 52:49, 2013,

MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, TBBY: 88, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/io-aihs.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.02.2015),

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Malkoç Kitabevi, 2007,

MARSHALL, Gordon, Çev. AKINBAY, Osman, KÖMÜRCÜ, Derya, Sosyoloji Sözlüğü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1999,

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, Komünist Manifesto, Çeviren: Celal Üster, Nur Deriş, Can Yayınları, 2008,

MARX, Karl, Kapital, Üçüncü Cilt, Çeviren: Alaattin Bilgi, Sol Yayınları, Ankara, 2003,

MASSARO, Toni M., Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma, William&Mary Law Review, Volume: 32, Issue:2, 1991,

MCGONAGLE, Tarlach, The Council of Europe against Online Hate Speech: Conundrums and Challenges, Council of Europe Conference of Ministers Responsible for Media and Information Society, Freedom of Expression and Democracy in the Digital Age, Opportunities, Rights, Responsibilities, Belgrade, 7-8 November 2013,

MORGAN, Glyn, Mill’s Liberalism, Security, and Group Defamation, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088405 (Erişim Tarihi: 14.05.2015),

MORO, Nikhil, AİKAT, Debashis “Deb”, Liberty v. Libel: Disparity and Reconciliation in Freedom of Expression Theory, Routledge Taylor&Francis Group, First Amendment Studies,, Vol. 47, No. 1, 2013,

MURDOCH, Jim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları, Şen Matbaa, Ocak 2013,

NAL, Sabahattin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002,

NORVEÇ HELSİNKİ KOMİTESİ, Ocak-Haziran 2013 Türkiye’de İnanç Özgürlüğü Hakkını İzleme Raporu, Anadolu Ofset, İstanbul, Eylül 2013,

ONBAŞI GENÇOĞLU, Funda, Social Media and the Kurdish Issue in Turkey: Hate Speech, Free Speech and Human Security, Routledge Taylor&Francis Group, Turkish Studies, Vol. 16, No. 1, 2015,

O’NEIL, Robert M., Hate Speech, Fighting Words, And Beyond-Why American Law is Unique, Albany Law Review, Vol. 76, Issue: 1, 2012/2013,

Oxford Pro Bono Publico, Comparative Hate Speech Law: Annexure, [http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_\(2\).pdf](http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_(2).pdf) (Erişim Tarihi: 07.01.2014),

ÖZBEK, Veli, Özer, KANBUR, Mehmet, Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015,

ÖZDEMİR, Nadire, AİHM Büyük Daire Bayatyan/Ermenistan Davası, Ankara Barosu Dergisi, 2011/3,

ÖKÇESİZ, Hayrettin, Düşünce Özgürlüğü, İBD, Cilt:72, Sayı:1-2-3, 1998,

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul, 1989,

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1991,

ÖNDER, Ayhan, Mütemadi Suç, İÜHFM, Cilt: 29, Sayı: 1-2, 1963,

ÖNER, Mehmet, Zülfü, İngiltere Hukukunda Nefret Suçları, TBBD, Sayı: 116, 2015,

ÖRNEK, Cangül, Türk Ceza Kanunu’nun 141 ve 142. Maddelerine İlişkin Tartışmalarda Devlet ve Sınıflar, AÜSBFD, Cilt: 69, No. 1, 2014,

ÖZARSLAN, Zeynep, Introducing Two New Terms into the Literature of Hate Speech: “Hate Discourse” and “Hate Speech Act” Application of “speech act theory” into hate speech studies in the era of Web 2.0, GÜİD, Sayı: 20, 2014,

ÖZBEY, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, AÜHFD, Cilt: 62, Sayı: 1, 2013,

ÖZGENÇ, İzzet, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998,

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015,

ÖZEK, Çetin, Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK. Mad. 168-171), İÜHFM, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963,

ÖZEK, Çetin, Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, İÜHFM, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966,

ÖZEK, Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK. mad. 146-151, 168-173), Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967,

ÖZEK, Çetin, Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve Tck.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı, İÜHFM Cilt 33, Sayı 3-4, 1967,

ÖZEK, Çetin, Türk-İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı, İÜHFM Cilt 1, Sayı 1 1967,

ÖZEK, Çetin, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1972,

ÖZİPEK, Bekir Berat, Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi, SDE Analiz, Aralık 2011,

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa, Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011,

ÖZSOY, Şule, Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, Sayı: 56, 2005,

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt, Madde 146-222, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008,

PASQUALUCCI, Jo M., Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 39, January 2006,

PEI, Sally, Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights, The Yale Law Journal, Vol. 122, No. 4, 2013,

PEKİN, Hüseyin, İsviçre Hukukunda Din ve Vicdan Özgürlüğü Üzerine, TBBD, Sayı: 2, Yıl: 2000,

RENUCCI, Jean-François, Article 9 of The European Convention On Human Rights Freedom of Thought, Conscience and Religion, Human Rights Files, No. 20, Council of Europe Publishing, 2005,

PERRY, Barbara, BELL, James G., Outside Looking In: The Community Impacts of Anti-Lesbian, Gay, and Bisexual Hate Crime, Journal of Homosexuality, 62:98–120, 2015,

POLELLE, Michael J., Racial and Ethnic Group Defamation: A Speech-Friendly Proposal, Boston College Third World Law Journal, Vol. 23, Iss. 2, 2003,

ROMERO, Victor C., Restricting Hate Speech against Private Figures: Lessons in Power-Based Censorship from Defamation Law, Columbia Human Rights Law Review, Volume: 33, Issue: 1, 2001,

ROSENFELD, Michel, Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939, (Erişim Tarihi: 25.12.2013),

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, GÜHFD, Cilt: XIII, Yıl: 2009, Sayı: 1-2

SANCAR YALÇIN, Türkan, Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı, <http://www.dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/.../2588.pdf> , (Erişim Tarihi: 07.11.2013)

SANCAR YALÇIN, Türkan. Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK. m. 159/1), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004,

SEGALL, Eric J., The Internet As A Game Changer: Reevaluating The True Threats Doctrine, Texas Tech Law Review, Volume: 44, Issue: 1, 2011,

SIMPSON, Robert, Mark, Dignity, Harm and Hate Speech, Law and Philosophy, Vo. 32, Iss. 6, 2013,

SCHAUER, Frederick, İfade Özgürlüğü: Felsefî Bir İnceleme, Çev. SEÇİLMİŞOĞLU, M. Bahattin, Cambridge Üniversitesi Matbaası, 1982,

SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar, C.H.BECK, 29., neu bearbeitete Auflage 2014,

SCHWARTZ, Bernard, Holmes Versus Hand: Clear And Present Danger or Advocacy Of Unlawful Action?, The Supreme Court Review, Vol. 1994,

SONGU ÖKTEM, Sezgi, Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, DEÜHFD, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013,

SORIAL, Sarah, Hate Speech and Distorted Communication: Rethinking the Limits of Incitement, Law and Philosophy Journal, Vol. 34, Iss. 3, 2015,

SOTTIAUX, Stefan, The “Clear and Present Danger” Test in the Case Law of the European Court of Human Rights, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht , Vol. 64, Nr. 3, 2003,

SOTTIAUX, Stefan, ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence, European Constitutional Law Review, 7:40-63, 2011,

SOTTIAUX, Stefan, RUMMENS, Stefan, Concentric Democracy: Resolving the Incoherence in the European Court of Human Rights’ Case Law on Freedom of Expression and Freedom of Association, Oxford Law Journals, International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, Iss. 1, 2012,

STONE, Geoffrey R., Hate Speech and the U.S. Constitution, East European Constitutional Review, Vol. 3, Iss. 2, 1994,

STRASSER, Mark, Mill, Holmes, Brandeis and a True Threat to Brandenburg, Birgham Young University Journal of Public Law, Vol. 26, Iss. 1, 2012,

ŞEN, Ersan, Tür Ceza Kanunu’nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000,

ŞEN, Ersan, Suçu ve Suçluyu Övme (TCK m. 215), Ceza Hukuku Dergisi Ağustos 2008, Sayı:7

SINAR, Hasan, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFHAD, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul 2013,

STEIN, Eric, History Against Free Speech: the New German Law Against The “Auschwitz” and Other “Lies”, Michigan Law Review, Vol. 85, No. 2 (Nov., 1986),

ŞİRİN, Tolga, DUymAZ, Erkan, YILDIZ, Deniz, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 313, Ankara, 2016,

TANNENBAUM, Donald, SCHULTZ, David, Siyasal Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri, Çev. Fatih DEMİRCİ, Adres Yayınları, 2006

TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, Ağustos 1969,

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Ruhan, ÖNOK, Murat R., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2015,

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa, Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rifat, Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011,

TEZİÇ, Erdoğan, Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/tezic.pdf , (Erişim Tarihi: 17.09.2014),

THOMAS, Rebecca, Legislative Provisions for Hate Crime across EU, Hate Crime Legislation Review, June 2004,

TIEDEMANN, Klaus: Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları ve İflâs Suçlarının Reformu, (Çev. Feridun YENİSEY), İÜHF 1975, Cilt: XLI, Sayı: 1-2,

TORKE, James W., Some Notes on the Proper Uses of the Clear and Present Danger Test, Brigham Young University Law Review, 1978:1,

TOROSLU, Nevzat, Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları, Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan, c: 1, İstanbul, 2008,

TORRÓN-MARTÍNEZ, Javier, Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights Under the Influence of Different European Traditions, Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 17, 2012, www.pass.va/content/dam/scienzesociali/pdf/acta17/acta17-martineztorron.pdf, (Erişim Tarihi: 15.11.2015),

TOURKOCHORİTİ, Ioanna, Should Hate Speech Be Protected? Group Defamation, Party Bans, Holocaust Denial And The Divide Between (France) Europe And The United States, Columbia Human Rights Review, Vol. 45, No. 2, 2014,

TSESİS, Alexander, Inflammatory Speech: Offense Versus Incitement, Minnesota Law Review, Vol. 97, 2013,

TUNA, Orhan, Cemiyet Hayatında Sosyal Gruplaşma ve Tabakalaşmalar, İÜİFM, C. 42, S. 1-4, 1986

TURHAN, Mehmet, Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası, <http://www.dicle.edu.tr/Contents/661518f1-7db8-4d95-bd7d-03472a039100.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.06.2015),

TÜLEN, Hikmet, 3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme, AÜEHF’nin 10. Öğretim Yılına Armağan, C. V, S. 1-4, Erzincan 2001,

TÜMAY, Murat, The “Margin of Appreciation Doctrine” Developed by the Case Law of The European Court Of Human Rights, Ankara Law Review, Vol. 5, No. 2, 2008,

TÜRMEN, Rıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001), Ankara,

ULUSOY ÇELİK, Demet, A Comparative Study of the Freedom of Expression in Turkey and EU, The Turkish Yearbook of International Relations, Vol.44, 2013,

USLU, Cennet, Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti, DÜSBD, Sayı: 38, Ekim 2013,

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf, (Erişim Tarihi: 12.06.2015),

ÜZÜLMEZ, İlhan, AKKAŞ, Ahmet Hulusi: Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Erciyes UHFD 2007, c: II, Sayı: 1-2,

VURAL, Hasan, Anayasada Din Özgürlüğü, AÜSBFD, Cilt: 69, No. 2, 2014,

YARSUVAT, Duygun, Siyasi Hürriyet Aleyhine Cürümler (Türk Ceza Kanununda Toplantı Hürriyetinin Korunması), İÜHM, Cilt XXXIII, Sayı 1-2, İstanbul, 1967,

YARSUVAT, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968,

YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan, Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010,

YAŞAR, Yusuf, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Temini ve Ticareti Suçları, Seçkin Yayıncılık, 2012,

YENİDÜNYA, Caner, İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2016,

YENİSEY, Feridun, Türk Ceza Hukukunun 24 Yılı: 1960-1984, İÜHFM, Cilt: 50, Sayı: 1-4, 1984,

YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, Strafgesetzbuch (StGB), Alman Ceza Kanunu, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009,

YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, Strafgesetzbuch (StGB), Alman Ceza Kanunu, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015,

YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2014,

YILDIRIM, Mustafa, Zeki, 5237 Sayılı Ceza Kanununda Bir Suç Fiili: Aşağılamak, EÜHFD, C.VII, S.1-2, 2012

YURTCAN, Erdener, Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine: İktidarı Tahkir ve Tezyifin TCK. 159. Maddeye Aykırılığı Sorunu, İÜHFM, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Cilt 42, Sayı 1-4, 1976,

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, e-kitap, 2012,

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 286, Ankara, 2015,

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), TBBY: 76, 2005,

VENICE COMMISSION, Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society, Science and Technique of Democracy, No. 47, Council of Europe Publishing, 2010,

VERGOTE Antoine, Kutsal, Çev. KESKİN, Halife, YAPICI, Asım, Ç. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Temmuz-Aralık 2002,

VITIELLO, Michael, The Nuremberg Files: Testing The Outer Limits of the First Amendment, Ohio State Law Journal, Vol. 61, No. 3, 2000,

WAARDENBURG, Jacques, Din Bilimlerinin Tarihçesi, Çev. Ramazan ADIBELLİ, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı: 16, Yıl : 2004/1,

WALDRON, Jeremy, Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, Harvard Law Review, Vol. 123,

WHITE, G. Edward, Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension, California Law Review, Vol. 80, Iss. 2, 1992,

WORLD HEALTH ORGANIZATION, World Report on Violence and Health, Geneva, 2002, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf, (Erişim Tarihi: 25.01.2016),

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Basım Yayım, 2015,

ZAFER, Hamide, Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecnua/article/view/4075>, (Erişim Tarihi: 07.11.2013)

ZAYAS, Alfred, MARTÍN, Aurea, Roldan, Freedom of Opinion and Freedom of Expression: Some Reflections on General Comment no. 34 of the UN Human Rights Committee, *Netherlands International Law Review*, LIX: 425-454, 2012.

