

HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK VEYA AŞAĞILAMA PROVOCATION OF HOSTILITY AND GRUDGE IN SOCIETY OR HUMILIATION

Aykut ERSAN*

Özet: İfade özgürlüğü esas itibariyle sınırsız olmakla birlikte, meşru amaçlarla sınırlamalara maruz kalabilmektedir. Özellikle ceza hukuku, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların söz konusu olduğu bir alandır. Bu çerçevede makalede, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama şeklinde nitelendirilebilecek bir düzenleme olarak, Türk Ceza Kanunu md. 216'daki "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" suçuna değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Halk, kin, düşmanlık, tahrik, aşağılama.

Abstract: In principle, freedom of speech is unlimited. However due to legal aims it may be the object to limitations. Mostly, criminal law requires freedom of speech to be objected to such limitation. In this context, Turkish Criminal Code Art. 216 entitled "Provocation of hostility and grudge or humiliation", which may be determined as restriction to the freedom of speech, will be examined in detail.

Keywords: Society, grudge, hostility, provocation, humiliation.

1. GİRİŞ

İfade özgürlüğü esas itibariyle sınırsız olmakla birlikte, Türk hukukunda Anayasa'da sayılan meşru amaçlarla sınırlamalara maruz kalabilmektedir. Bu özgürlük bakımından Anayasa'da sayılan sınırlama nedenleri ise, başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlardaki düzenlemelerle somutlaşmaktadır. Özellikle de ceza hukukunun ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların söz konusu olduğu bir alan olması, dışa vurulan düşünce ve kanaatlerin, bu şekilde, artık

* Avukat, İstanbul Barosu. 2010-2013 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak görev almıştır.

üçüncü kişilerin hakları ve özgürlükleri bakımından da etki doğurmasından ileri gelmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, ceza hukukuyla sınırlamaya maruz kalan, kişilerin düşünceleri değil, bu düşüncelerin açığa vurulmuş yani ifade edilmiş hâlidir¹.

Biz de, ifade özgürlüğü ile ilişkisi bakımından da anlamını ortaya koyabilmek adına, bu özgürlüğe ilişkin sınırlama şeklinde nitelendirilebilecek bir düzenleme olarak, TCK md. 216'daki² "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" suçuna **ışık tutmaya çalışacağız**. Söz konusu suçun düzenlemesi şu şekildedir³:

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama

Madde 216- (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

¹ Sulhi Dönmezer, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği - Anayasa Hukuku)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1963, C: XXIX, S.: 3, s. 772; İzzet Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1997, C: LV, S.: 3, s. 60.

² 765 Sayılı TCK / Madde 312- ...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.

Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir. Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311'inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.

³ Bu maddenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü konusunda birçok ihlal kararı verdiği 765 sayılı TCK'deki 312. maddenin karşılığı olarak, bu konudaki AİHM içtihatları da dikkate alınarak, unsurları daha açık şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, Türkiye'de ifade özgürlüğünün genişletilmesi sürecinde özel bir anlama sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Hasan Sınar, "Yeni Türk Ceza Kanununda İfade Özgürlüğü", Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrechts, Yay. Haz.: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Nomos, 2010, s. 299.

kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Maddede farklı unsurlara sahip farklı suç tiplerinin düzenlendiği görülmektedir. İlk fıkrada, “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” şeklinde bir suç tipi tanımlanmışken, diğer fıkralarda “halkın bir kesimini aşağılama” ve “halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama” şeklinde suç tiplerine yer verildiği görülmektedir. Yapacağımız açıklamalarda da bu farklı suç tipleri ayrımını göz önünde bulunduracağız.

2. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Madde gerekçesinde, söz konusu düzenlemenin, ifade özgürlüğü bağlamında kişilerin düşündüklerini özgür bir ortamda söyleyebilmelerinin, demokratik toplumun varlığı için zaruri sayılan unsurlardan olduğu hususu dikkate alınarak yapıldığı vurgulanmıştır. Bu açıdan ifade özgürlüğünün sınırlanması ile ilişkili olarak böyle bir düzenlemenin getirilmesi, özellikle de kamu barışının korunmak istenmesinden kaynaklanmaktadır. Belirttiğimiz gibi, her ne kadar ifade özgürlüğü esas itibariyle sınırsız olsa da, bu düzenlemede somutlaştırıldığı üzere, kamu barışı şeklindeki hukuksal değer korunması amacıyla sınırlamaya maruz kalmaktadır⁴. Korunan hukuksal değer kamusal barışı olduğu, maddenin TCK’de düzenlendiği bölüm başlığı dikkate alındığında da varılabilecek bir sonuçtur.

Belirtmek isteriz ki, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması ve de üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması suç tipleri bakımından, ayrıca bu gibi kişilerin onur, şeref ve saygınlıkları da bir yönüyle korunan hukuksal değeri oluşturmaktadır⁵. Ancak dikkat

⁴ Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2011, § 130 - Kn. 1; Theodor Lenckner/Detlev Sternberg-Lieben (Bölüm yazarları), Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2010, § 130 - Kn. 1a.

⁵ Matthias Krauß (Bölüm yazarı), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar - Fünfter Band - §§ 110 bis 145d, Yay. Haz.: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, 12. bs., Berlin, De Gruyter Recht, 2008, § 130 - Kn. 2 vd.; Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 1a.

edilmelidir ki, burada hakaret suçundan farklı olarak, tek tek kişilerin şereflerinin yanında ve hatta bunların ötesinde kamu barışı şeklinde hukuksal değerın ön plana alınması söz konusudur⁶.

Üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması suç tipi bakımından, dinin ya da kişilerin din özgürlüklerinin de korunması amaçlanan bir hukuksal değer olduğu düşünülebilirse de, ağırlıklı olan görüş burada salt kamu barışının korunan hukuksal değer olduğudur⁷.

3. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

3.1. Maddi Unsurlar

3.1.1. Suçun Maddi Konusu

Düzenlemede farklı suç tiplerine yer verilmiş olması nedeniyle, suçun maddi konusu bakımından yapılacak açıklamalarda bu ayrımın dikkate alınması gerekmektedir.

Birinci fıkradaki suç tipinin maddi konusunun ne olduğunun tespiti konusunda doktrinde bir görüş, konunun kamu barışı olduğunu belirtmektedir⁸. Ancak kanaatimizce kamu barışı burada, konudan ziyade suçla korunan hukuksal değeri oluşturmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, konu ve korunan hukuksal değer, birbirinden ayrı hususlardır. Hukuksal değerler, toplumda ceza hukukunun korumayı amaçladığı soyut nitelikte değerlerdir. Bir suç düzenlemesi, bu soyut değerlerin korunması amacıyla hizmet etmek amacı taşır. Oysa konu, suçun maddi unsurlarından olan fiilin üzerinde icra edildiği kişi veya şeyden ibarettir⁹.

⁶ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 450; Sınar, s. 298.

⁷ Jürgen Schäfer (Bölüm yazarı), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 3: §§ 80-184g StGB, Yay. Haz.: Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, München, 2. bs., Verlag C.H. Beck, 2012, § 130 - Kn. 1; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 526; bu görüşler konusunda ayrıca bkz.: Hamide Zafer, "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2004, C: LXII, S.: 1-2, s. 213 vd..

⁸ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 743.

⁹ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, 5. bs., Berlin, 1996, s. 256-260; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. bs., Ankara, 2012, s. 107.

Kanaatimizce, birinci fıkrada suçun maddi konusunu, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip tahrik edilen ve aleyhe tahrikin yöneldiği farklı halk kesimleri oluşturmaktadır¹⁰. Gerçekten de tahrikin, bir halk kesiminin yukarıda sayılan ve fakat kendisine göre farklılık arz eden niteliklere sahip farklı bir halk kesimi aleyhinde tahrik edilmesi şeklinde söz konusu olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, tahrik bu şekildeki halk kesimleri üzerinde icra edilmektedir¹¹.

Halk kesimi ile ifade edilen, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip, adet ve şahıs olarak belirli olmayan kişi topluluğudur. Ancak halkın tamamının değil, bu şekilde farklı özelliklere sahip bir kesiminin tahrik edilmesi ve yine aynı şekilde, halkın tamamı aleyhine değil, bu şekilde farklı özelliklere sahip bir kesimi aleyhine tahrik yeterlidir. Dolayısıyla da tahrik, bu şekilde adet ve şahıs olarak belirli olmayan kişi topluluğunun, yine adet ve şahıs olarak belirli olmayan, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kişi topluluğu aleyhine tahriki şeklinde olmalıdır. Aksi hâlde, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip olmayan kişilerin ya da kimlik olarak belirli kişilerin belirli kişilere karşı tahrik edilmesi hâlinde, konunun oluşmaması nedeniyle bu suç oluşmayacaktır¹². Dolayısıyla bir tahrikin bu fıkra kapsamında suç teşkil etmesi için, tahrik edilen ve aleyhinde tahrike maruz kalan halk kesimlerinin, örneğin İslam ve Hristiyanlık şeklindeki farklı dinlere mensup kesimler şeklinde olabileceği üzere, fıkrada sayılan hususlarda farklı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Aksi hâlde, örneğin Alevilik şeklindeki aynı mezhebe, işçilik şeklindeki aynı sosyal sınıfa, Türklük şeklindeki aynı ırka, Musevilik şeklindeki aynı dine mensup kişilerin birbirine karşı tahrik edilmesi hâlinde, konunun oluşmaması nedeniyle bu suç da oluşma-

¹⁰ Halk, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, bölge kavramları hakkında ayrıntılı olarak bkz.: Ahmet Gökçen, Halkın Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2), 2001, s. 75 vd.; Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 415-417.

¹¹ Alman doktrininde bu şekildeki halk kesimleri saldırının yöneldiği konu olarak açıklanmaktadır. Bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 27 vd.; Krauß, § 130 - Kn. 26 vd..

¹² Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 2; İzzet Özgenç, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998, s. 187.

yacaktır¹³. Ayrıca kimliği belirli kişiler arası tahrik durumlarında, koşulları oluşmuşsa, suçta azmettirme hükümleri devreye girebilecektir¹⁴. Bunun yanı sıra halk kesimi ile ifade edilen topluluğun, kamu barışı şeklindeki hukuksal değer de göz önüne alındığında, ülke içindeki kişiler topluluğu olduğu kabul edilmelidir¹⁵.

Belirtilmelidir ki, bir suçun işlenmesiyle suçun konusunun zarara uğratılması ya da tehlikeye maruz kalması açısından suçlar, zarar suçları veya tehlike suçları olarak ayrıma tabi tutulmaktadır¹⁶. Maddede de, tahrikin, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike ortaya çıkarması aranmıştır. Dikkat edilirse, tahrik ile kamu güvenliğinin gerçekten bozulmuş olması değil de, kamu güvenliğinin bozulması konusunda açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması yeterlidir. Kişinin bu söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekmektedir. Bu açıdan belirtilmelidir ki, bu suç bir zarar suçu değildir. Zira buradaki gibi fiilin işlenmesiyle tamamlanan, ayrıca bir neticenin aranmadığı suçlar zarar suçu olarak değerlendirilemez¹⁷. Buna karşın tehlike suçları, bazı hukuksal değerleri ihlal eden davranış dolayısıyla, failin bu suçtan cezalandırılabilmesi için zararın gerçekleşmesinin aranmadığı suçlardır¹⁸.

Dikkat edilmelidir ki, açık ve yakın tehlikenin kamu güvenliği açısından söz konusu olması aranmakla birlikte, suçun konusu yukarıda belirttiğimiz şekilde sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımın-

¹³ Yargıtay yerleşik içtihatlarında bu hususu vurgulamıştır. Bkz.: Yargıtay CGK, 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-130.htm>, 2 Ağustos 2013; Yargıtay'ın bir kararındaki çoğunluk görüşünün, aynı dine mensup kişiler arasında tahrik niteliğindeki davranışların gerek 5237 sayılı TCK'nin 216. maddesi, gerekse 765 sayılı TCK'nin 312. maddesi kapsamında suç oluşturduğunu belirtmesi, kanaatimizce hatalı olmuştur. Buna karşın karardaki azınlık görüşü, aynı dine mensup kişiler arasında tahrik niteliğindeki davranışların TCK md. 216'daki suçu oluşturmadığını ifade etmiştir. Bkz.: Yargıtay CGK, 15.3.2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-201.htm>, 1 Ağustos 2013; anılan farklı özelliklere sahip halk kesimi örnekleri için bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 31.

¹⁴ Fatih Selami Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2005, C: LXVIII, S.: 1-2, s. 77.

¹⁵ Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 3; Gökçen, s. 74.

¹⁶ Koca/Üzülmez, s. 108.

¹⁷ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., Ankara, 2013, s. 209.

¹⁸ Jescheck/Weigend, s. 264.

dan farklı özelliklere sahip halk kesimleridir. Ancak elbette bu kesimlerin birinin diğeri aleyhine tahriki ile bu kesimlerin, dolayısıyla da bu kesimlerin oluşturduğu kamunun güvenliği bakımından açık ve yakın tehlike oluşup oluşmadığı değerlendirilecektir. Tahrikin, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike şeklinde somut bir tehlike ortaya çıkarması hususunun aranmış olması nedeniyle, bu suç, somut tehlike suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken, kişinin tahrik oluşturabilecek nitelikteki söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike durumuna bakılması gerekmektedir. Kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği, buna ilişkin somut dayanak noktaları gösterilmek suretiyle belirlenecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir¹⁹. Zikredilen açık ve yakın tehlike kriteri bağlamında, ifadeler ile ortaya çıkan tehlikenin varlığının somut olarak saptanması ve bunun yanında, bu tehlikeden kaynaklanan zararın ortaya çıkması durumunun, derhal önlem alınmadığı takdirde neredeyse kesin olması şeklinde güncelliğinin de ortaya konulması gerekmektedir. Kamu güvenliği için açık ve yakın tehlikenin nedeni, mutlak suretle kişinin tahrike yönelik bu hareketleri olmalıdır. Burada sınırlandırılması amaçlanan, salt düşüncenin ifade edilmesinden öte, bunun, kamu güvenliği açısından açık ve yakın şekilde, zarar neticesi ortaya çıkaracak bir fiile ilişkin tehlikeye sebebiyet verebilecek olmasıdır²⁰.

¹⁹ Bkz.: "...Basın açıklamasına konu olan metin ise; Kurul tarafından oylanarak resmîyet kazandırılan raporun özeti ve kamu oyuna duyurulması niteliğindedir. İçeriği itibariyle şiddet çağrısı taşımak bir yana, tam tersine raporun fikri zeminde tartışılması gerekliliğinin vurgulandığı görülmektedir. Raporun hazırlanış sürecinin ve özetinin açıklanmış olması karşısında, farklılıklara yönelik şiddet çağrısı içermemesi nedeniyle "kamu düzeni" ya da "kamu güvenliği" açısından açık ve yakın bir tehlike taşımamaktadır.

Kaldı ki, 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 diğeri bir kesim aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrikin ölçüsü ve tezahürü saymak da olanaklı değildir....", Yargıtay CGK, 29.4.2008, E. 2007/8-244, K. 2008/92, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2007-8-244.htm>, 1 Ağustos 2013.

²⁰ Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978, s. 82; Öykü Didem Aydın, "YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine

Somut tehlike suçlarında, icra edilen kanuni tanıma uygun fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlike meydana getirmesi, suçun bir unsurunu değil, bir objektif cezalandırılabilme koşulunu ortaya çıkarmaktadır. Bu tarz suçlarda kanuni tanıma uygun fiilin işlenmesiyle bir haksızlık meydana gelmekte, haksızlığın oluşumu bakımından, gerçekleştirilen fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlikeye sebebiyet vermesi aranmamaktadır. Gerçekten de halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek esasen bir haksızlık oluşturmaktadır. Bununla birlikte, somut tehlikenin, ki burada kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin oluşumu hâlinde cezalandırılabilme mümkün olacaktır²¹.

Bu şekilde somut bir tehlike aranmış olması bağlamında, ifade özgürlüğünün kullanım alanı da geniş tutulmaya çalışılmıştır. Zira kamu güvenliği açısından bu şekilde somut bir tehlike var olduğu sürece, bu suçtan dolayı cezai sorumluluk söz konusu olabilecektir, aksi hâlde açıkça somut tehlike yaratmayan bu tarz düşünce açıklamaları cezalandırılmayarak ifade özgürlüğü kapsamında açıklanmış kabul edilecektir. Görülmektedir ki, ancak böyle somut bir tehlikenin varlığı hâlinde, ceza hukuku ile ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama devreye girebilmektedir²².

Eleştirel Bir Bakış", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Mayıs 2006, S. 6, s. 131-132; ayrıca bkz.: "...Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dahi, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağını kabul edilmesi,..."", Yargıtay CGK, 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-130.htm>, 2 Ağustos 2013.

²¹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 593-595; Koca/Üzülmez, s. 110; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 282; netice olarak değerlendirilen görüş için bkz.: Erol Cihan, "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. m. 312)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl:1974, C: XXXX, S.: 1-4, s. 123; Yargıtay, "...düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağını kabul edilmesi,..." şeklindeki kararında, tehlike hususunu suçun oluşmasını sağlayan unsur olarak değerlendiren bir açıklama yapmıştır. Bkz.: Yargıtay CGK, 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-130.htm>, 2 Ağustos 2013..

²² Uğur Alacakaptan, "Fikir, Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar", Ankara Barosu Hukuk Ku-

Maddenin ikinci fıkrasında ise, kişilerin tek tek olarak olmasa da mensup oldukları sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı bakımından şerefleri suçun konusunu oluşturmaktadır²³.

İlk fıkrada olduğunun aksine, bu fıkradaki suç tipinin fiilini oluşturan aşağılama ile kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmış olması ya da üçüncü fıkrada olduğunun aksine aşağılamanın kamu barışını bozmaya elverişli olması gibi bir koşul aranmamaktadır. Bu tarz bir aşağılama, bu suçun oluşumu ve oluşan bu suçtan dolayı cezalandırma için yeterli kabul edilmektedir. Nitekim korunan hukuksal değer ihlal edilmesi yeterli görülerek, ayrıca suçun konusu üzerinde zarar veya somut bir tehlikenin meydana gelmesi de aranmadığından, bu fıkradaki suçun bir soyut tehlike suçu olduğu kanaatindeyiz²⁴.

Maddenin son fıkrasındaki aşağılama suç tipinin konusunu ise, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler oluşturmaktadır. Buna örnek olarak dinlerin peygamberleri, dinler için kutsal sayılan günler veya şeyler sayılabilir. Bununla birlikte tüzel kişilik formunda olan din topluluklarının aşağılanması hâlinde, konunun oluşmayacağı kabul edilmektedir²⁵. Bu tarz bir aşağılamanın cezalandırılabilmesi için de, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekmektedir. Örneğin yayınlanan bir karikatürde, halkın bir kesiminin kabul ettiği bir dinin uyulması gereken kurallarının aşağılanması, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak, bu şekilde aşağılama içeren bir karikatürün, gerçekten de kişilerin bu nedenlerle sokaklara çıkararak çeşitli

rultayı - C. 2, Ankara, 2000, s. 20; Özgenç, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", s. 189.

²³ Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 5c; Zafer, bu suçla ilişkin eski düzenleme bakımından konunun insanlık onuru, saygınlık, kamu barışı şeklinde hukuki olduğunu vurgulamıştır. Bkz.: Zafer, s. 238.

²⁴ Heribert Ostendorf (Bölüm yazarı), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Yay. Haz.: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, 4. bs., Baden-Baden, Nomos, 2013, § 130 - Kn. 21; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 209; Zafer, bu suçla ilişkin eski düzenleme bakımından kanun koyucunun suçu somut tehlike suçu olarak düzenlediğini vurgulamakta ve bunun, somut tehlike suçlarında suçun tanımında hareketin üzerinde tehlike yaratacağı maddi konunun belirtilmiş olduğu görüşüyle, bu suçta belirli bir halk kesiminin hareketin konusu olarak gösterilmiş olması nedeniyle, suçun somut tehlike suçu olarak nitelendirilebileceği şeklinde gerekçelendirilebileceğini belirtmektedir. Ancak yazar suçun soyut tehlike suçu olduğu kanaatinde. Bkz.: Zafer, s. 236-237.

²⁵ Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 2; Zafer, s. 214.

şiddet gösterileri yaptırabilecek nitelikte kamu barışını bozacak elverişlilikte olması gerekmektedir. Böyle bir elverişliliğin aranmış olması nedeniyle de suç, yukarıda da yaptığımız açıklamalar doğrultusunda somut tehlike suçudur²⁶.

3.1.2. *Fiil*

İlk fıkradaki suç, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek suretiyle işlenebilecektir. Burada fiil tahriktir. Tahrik, bir hususun gerçekleştirilmesi konusunda kişinin iradesi üzerinde etki yapılması, iradesinin harekete geçirilerek belli bir yöne itilmesi olarak açıklanmaktadır²⁷. Doğaldır ki devlet, vatandaşları arasında, sayılan belirli özelliklere sahip bir halk kesiminin, farklı diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, ölç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesine seyirci kalamayacaktır. Her ne kadar kişiler bakımından ifade özgürlüğü esas olsa da, bu tarz tahrike varacak ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilemeyecek ve devletin bu tarz bir suç düzenlemesi ile sınırlamaya maruz kalacaktır²⁸.

Bir tahrikin bu madde kapsamında suç teşkil etmesi için, mutlak suretle kin ve düşmanlığa yönelik olması gerekmektedir. Kin ve düşmanlığa ilişkin olarak madde gerekçesinde, husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, ölç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik hâl şeklindeki açıklama bağlamında, yalnızca şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahriklerin, bu düzenleme kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bu açıdan tahrik, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir halk kesimine karşı basit bir saygısızlık, dışlama, kötüleme şeklinde değil de, kin ve düşmanca tavırlar gösterilmesini kışkırtma veya bu tavırlara yöneltme ya

²⁶ Bkz.: Aydın, s. 135; Alman Ceza Kanunu'ndaki benzer suç tipinin, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâli aranmasına karşın, kamu barışının bozulmuş olması aranmadığından, karma bir yapıda soyut-somut (potansiyel) tehlike suçu olduğu ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 15.

²⁷ Köksal Bayraktar, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977, s. 4.

²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 728; benzer yönde bkz.: AYM, 29.1.1964, E.: 1963/193, K.: 1964/9, (Çevrimiçi) http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=87&content=, 5 Ağustos 2013.

da bu tür tavırları pekiştirme şeklinde yoğun bir psikolojik baskı ile objektif olarak elverişli olmalıdır. Bununla birlikte, kin ve düşmanlığa tahrik yeterli olup, tahrik edilen halk kesiminin ayrıca kin ve düşmanlık içeren fiiller icra etmesine gerek bulunmamaktadır²⁹.

Tahrikin kin ve düşmanlığa yönelik olmaması hâlinde, suçun maddi unsurlarının eksikliği nedeniyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak bu suç değil de, örneğin herhangi bir suç işlemeye tahrik bakımından düzenlenmiş bulunan TCK md. 214'teki suç işlemeye tahrik suçu ya da genel nitelikteki azmettirmeye ilişkin hükümler koşullarının oluşma durumuna göre gündeme gelebilecektir³⁰.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, belirtilen şekildeki tahrikin aleni olmasıdır. Kamu barışı şeklinde suçla korunan hukuksal değer de dikkate alındığında aleniyetin aranması, ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından mümkün olduğunca sınırlara riayet edildiğini göstermektedir. Zira aleni bir tahrik olmadığı sürece, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması da söz konusu olmayacaktır. Aleniyet, ihlalin sayı ve kimlik olarak belirli olmayan kişilerce görülebilecek, duyulabilecek şekilde olması anlamına gelmektedir. Bu açıdan tahrik, failin örneğin akrabalık şeklinde yakın ilişki içinde olduğu halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa aleni olmayacak tahrik şeklinde olmamalıdır³¹. Burada aranan aleniyet, suçun maddi unsurları bağlamında irdelenmelidir. Zira aleniyetin aranmış olması ile, tahrikin, tahrik niteliğindeki açıklamaların, davranışların ne yönde ve nasıl olması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte tahrikin, tahrik oluşturan hususların yazılı, sözlü, görsel şekilde basın yoluyla, internet yoluyla vb. her şekilde olması mümkündür³².

²⁹ Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 5a; Schäfer, § 130 - Kn. 41; Önder, s. 414-415; Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 61; ayrıca bkz.: AIHM, 8.7.1999, Sürek / Türkiye, (Çevrimiçi) <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/surekno21999.pdf>, 5 Ağustos 2013.

³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 729; Aydın, s. 132.

³¹ Theodor Lenckner/Jörg Eisele (Bölüm yazarları), Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, 2010, § 186 - Kn. 19; ayrıca bkz.: Gökçen, s. 147 vd.; örneğin fiili herkesin girip çıkabildiği yerde icra etmenin aleniyeti sağlarken, başkalarına kapalı bir yerde (örneğin lokalde icra etmenin aleniyeti sağlamayacağı yönünde bkz.: Soyaslan, s. 528.

³² Gökçen, s. 196; Ostendorf, § 130 - Kn. 9; Bayraktar, s. 181.

Maddenin ikinci fıkrasında, halkın, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı bir kesiminin, bu farklılık nedeniyle alenen aşağılanmasının suç sayıldığı görülmektedir. İfade özgürlüğü kural olarak sınırsız olsa da, 216. madde ile sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı söz konusu olan halkın bir kesimini alenen aşağılama cezai yaptırıma tabi kılınmıştır. Zira aksi bir kabulde, gerek kamu barışı, gerekse kamu düzeninin bozulması ve de tanımlanan halk kesimi içindeki kişilerin etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle de, ceza hukukunun özellikle de önleme fonksiyonu devreye girerek, bu gibi fiillerin önünde engel oluşturmaktadır³³. Burada bahsedilen aşağılama, hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma niteliğindeki sözleri ve fiilleri kapsamaktadır. Bunlar, olgu isnadıyla söz konusu olabileceği gibi, farklı şekillerde de söz konusu olabilecektir³⁴.

Suç bakımından, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı olan kesimin, bu farklılıktan hareketle aşağılamaya maruz kalması gerekmektedir. Yoksa örneğin, bir kişinin, aynı mezhebe dâhil olduğu bir kesimi, mezhep içi farklı görüşlerle aşağılaması, bu suçun oluşumuna neden olmayacaktır. Ancak farklı bir mezhebe mensup kişinin, bu şekildeki mezhep farkı nedeniyle aşağılanması suçu olacaktır.

Yine dikkat çekmektedir ki, aşağılamanın aleni olması, genel nitelikteki hakaret suçunda olduğu şekilde nitelikli unsur olarak düzenlenmesinin aksine, suçun bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu, korunan hukuksal değerın kamu barışı olmasından kaynaklanmaktadır³⁵.

³³ Ersan Şen, "Türk Ceza Kanunu m. 301", Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 9; Bu gibi düşünce açıklamalarının esas itibarıyla sınırsız olan ifade özgürlüğünün dışında kaldığı yönünde bkz.: Özek, s. 74 vd..

³⁴ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar - Cilt: I, İstanbul, Beta Basım, 2007, s. 219; Alman Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında, üzerinde "Ausländer raus" (Yabancılar dışarı) yazısı bulunan bir pankartın aşağılama içermediğini vurgulamıştır. Bununla birlikte Alman yerel mahkemesi bu hususun bir aşağılama içerdiğini belirtmiştir. Karar için bkz.: BVerfG, 1 BvR 369/04, 4.2.2010, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100204_1bvr036904.html, 26 Temmuz 2013; bununla birlikte "Yabancılar giremez!" şeklindeki genel uyarı ifadeleri aşağılama olarak değerlendirilmemelidir. Bkz.: Ostendorf, § 130 - Kn. 11-13; bir ifadenin aşağılama oluşturup oluşturmadığının ve dolayısıyla hukuksal değeri ihlal edip etmediğinin, bu ifadeyi okuyan, gören veya duyan özenli bir ortalama kişinin anlayışına göre değerlendirileceği yönünde bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 51.

³⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 219.

Maddenin son fıkrasında da fiili aşağılama oluşturmaktadır. Ancak aşağılamanın yöneldiği konu, yukarıda izah ettiğimiz şekilde farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte, bu suç tipinde de aşağılamanın aleni olması gerekmektedir.

3.1.3. Fail

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunda, kanun koyucu buradaki suç tiplerinin tümünde fail bakımından özel bir düzenleme getirmemiştir. Buna göre ilk suç tipi olan halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden herkes, ilk fıkradaki suçun faili olabilecektir. Benzer şekilde ikinci fıkradaki suç tipinde de, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan herkes fail olabilecektir. Yine üçüncü fıkrada da özel bir faillik düzenlemesine gidilmediğinden, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan herkes bu fıkra bağlamında fail olabilecektir³⁶.

Bu açıdan vurgulamak isteriz ki, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahriki bakımından, failin bu farklı özelliklere sahip kesimlerden herhangi birisine, yine ikinci fıkradaki halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması bakımından, failin bu farklı özelliklere sahip kesimlerden herhangi birisine mensup olması gerekmemektedir. Bunun yanı sıra üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması bakımından failin hangi dine mensup olduğunun, hatta bir dine mensup olup olmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira bu maddedeki suç tiplerinin faileri bakımından yukarıda da belirttiğimiz üzere bir özelleştirme yapılmamıştır.

³⁶ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu - (151 - 229. Maddeler)* 3. Cilt, 3. bs., Ankara, 2010, s. 3379; ayrıca doktrinde ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığı tartışılan Basın Kanunu'nun, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan süreli yayınlarda çeşitli ihtimallere göre eser sahibini, sorumlu müdürü, yayın yönetmenini, genel yayın yönetmenini, editörü, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkiliyi, süresiz yayınlarda eser sahibini, yayımcıyı, basımcıyı sorumlu tuttuğu 11. maddesinin hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

3.1.4. Mağdur

Gerek TCK'de maddenin düzenlendiği "Topluma karşı suçlar" şeklindeki üçüncü kısım başlığı, gerekse yine bu açıdan maddedeki suç tipleri ile korunan kamu barışı şeklindeki hukuksal değer de göz önüne alındığında, bu suçun mağduru kamu, yani kamuyu oluşturan kişilerin bütünüdür³⁷.

Bununla birlikte ikinci ve üçüncü fıkralardaki aşağılama suç tipleri bakımından, mağdurun ayrıca aşağılamaya maruz kalan kişiler olduğu da söylenebilecektir³⁸. Ancak bu açıdan özellikle belirtilmelidir ki, ikinci fıkradaki suç tipi bakımından aşağılamanın, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı şeklindeki değerler bakımından uzlaşan ve bu ortak değerler çerçevesinde halkın diğer kısmından farklı bir paydaya sahip, halkın bir kesimi şeklinde ifade edilen belirsiz sayıdaki kişilere yönelik olması gerekmektedir. Bu yönüyle de suç, hakaret suçundan ayrılarak, adeta özel bir hakaret suçu oluşturmaktadır. Zira genel hakaret suçu olarak nitelendirilebilecek TCK md. 125'teki hakaret suçunda, mağdurun belli veya belirlenebilir olması gerekmesine karşın, buradaki suç bakımından, mağdur olarak sayıca belirsiz kişiler topluluğu söz konusudur³⁹. Bununla birlikte, bu şekildeki halk kesimi açısından mağdurlar somut bir şekilde belirlenebilir nitelikte oldukları sürece, hakaret suçuna ilişkin hükümler devreye girebilecektir. Örneğin, A Caddesi'nde oturan kadınlar hakkındaki hakaretimiz açıklamalar, burada mağdurlar belirlenebilir nitelikte olduklarından, hakaret suçu kapsamında değerlendirilebilecekken, tüm kadınlara ilişkin olarak cinsiyet farklılığından hareketle aşağılamalar, bunların kim olduğunun açıkça belirtilmemiş olması karşısında, TCK md. 216/2 hükümlerini devreye sokabilecektir⁴⁰.

Yine dikkat çekilmelidir ki, üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suç tipi bakımından da,

³⁷ Koca/Üzülmez, s. 105; Artuk/Gökçen/Yenidünya, tahrik şeklindeki suç tipi bakımından aleyhine tahrikte bulunulan halk kesimini mağdur olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte biz bu halk kesimini yukarıda da belirttiğimiz üzere suçun konusu olarak kabul etmekteyiz. Bkz.: Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 733 vd..

³⁸ Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 3.

³⁹ Zafer, s. 211-212; Tezcan/Erdem/Önok, s. 450.

⁴⁰ Sahir Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. bs., İstanbul, 1989, s. 34-35.

benimsediği dini değerlerinin aşağılanması hedefi olan kişinin belli veya belirlenebilir olması hâlinde buradaki suç değil de, TCK md. 125/3c'deki kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret suçu oluşacaktır.

3.2. Manevi Unsur

Suçun oluşması kastın varlığına bağlı olmakla birlikte (TCK md. 21/1), taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır (TCK md. 22/1). *Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama* suçu düzenlemesinde ise, buradaki suç tiplerinin taksirle işlenebileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından, bu suç tipleri yalnızca (doğrudan veya olası kastla) kasten işlenebilen suçlardır⁴¹. Bu açıdan kişi, örneğin halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik ederken, bu farklı özellikleri bilmeli ve tahrik konusunda isteyerek hareket etmelidir. Yine ikinci ve üçüncü fıkralardaki suç tipleri bakımından önemli olan aşağılama kastının söz konusu olduğu fiildir, yoksa örneğin bir bilimsel çalışmada bir ırka ilişkin bilimsel sonuçları ihtiva eden ifadeler, aşağılama olarak nitelendirilebilecek ifadeler olsalar bile, aşağılama kastının bulunmaması nedeniyle suç olarak nitelendirilemeyecektir⁴².

Elbette kişinin, örneğin bir kişi grubunu, bunların halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini oluşturduğunu bilmeksizin, bu konuda farklı özelliklere sahip diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahriki ya da tahrikin aleni olarak icra edildiğinin bilinmemesi şeklinde hata hâlinde bulunması durumlarında ise, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bu kişi, kasten hareket etmiş kabul edilemeyecektir. Bu hata hâli dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklı olmakla birlikte, bu suçun taksirle işlenebileceğine dair açık

⁴¹ Soyaslan, s. 524; Parlar/Hatipoğlu, s. 3387-3388; Alman Ceza Kanunu'ndaki tahrik bakımından benzer suç tipinin manevi unsuru bakımından, maddenin lafzında hedefe yönelmiş bir fiilden bahsedildiği, bu nedenle de adeta bir amaç, saik arandığı kabul edilmektedir. Bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 128; Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 24; 765 sayılı TCK'deki benzeri düzenlemenin lafzından hareketle failin saikinin de aranması yönünde bkz.: Gökçen, s. 296; bu görüşün aksi yönünde bkz.: Cihan, s. 127.

⁴² Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 61.

bir düzenleme bulunmadığından, böyle bir durumda, kişinin bu suçtan dolayı suçun manevi unsurunun eksikliği nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (TCK md. 30/1)⁴³.

Özellikle belirtilmelidir ki, yukarıda yaptığımız açıklamalarda birinci fıkradaki tahrikin kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarması şeklinde vurgulanan, üçüncü fıkradaki aşağılama fiilinin kamu barışını bozmaya elverişli olması şeklinde vurgulanan ve bu nedenle somut tehlike suçu olarak kabul ettiğimiz bu suç tiplerindeki söz konusu somut tehlike hususlarını objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul etmiştik. Bu açıdan, objektif cezalandırılabilme koşulları kastın kapsamı dışında kabul edildiklerinden, failin kastının bu hususları kapsaması gerekmemektedir⁴⁴.

3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK'nin 218. maddesinde, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, cezayı arttıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte yine aynı maddeye göre, gerek Anayasa'nın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesi, gerekse Basın Kanunu'nun 3. maddesi⁴⁵ ile garanti alınan haber verme hakkının sınırlarını aşmayan ve de salt eleştiri amacı taşıyan ifadeler, bu kapsamda suç oluşturmayacaktır⁴⁶.

Dikkat edilmelidir ki, burada TCK md. 26'da⁴⁷ tanımlanan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin, basının haber verme hakkı

⁴³ Ayrıca bkz.: Cihan, s. 109.

⁴⁴ Koca/Üzülmez, s. 148.

⁴⁵ Basın özgürlüğü

Madde 3- (1) Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

(2) Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.

⁴⁶ Parlar/Hatipoğlu, burada eleştiri amaçlı ifadeleri basının haber verme hakkı kapsamında kabul etmektedir. Maddenin lafzı nedeniyle bu şekilde bir sonuca varıldığı, ancak farklı iki hukuka uygunluk nedeni olduğu kanaatindeyiz. Bkz.: Parlar/Hatipoğlu, s. 3479.

⁴⁷ Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası

Madde 26- (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez...

şeklindeki bir görünümünün varlığı nedeniyle bu tarz fiiller suç oluşturmayacaktır⁴⁸. Basının haber verme hakkından bahsedebilmek için, her şeyden evvel ortada haber olarak nitelendirilebilecek bir olayın olması gerekmektedir. Bunun yanında bu hak, haberin gerçek ve güncel olması, haberde kamusal yararın bulunması, verilen haber ile bunun verilmiş şekli arasında düşünsel bağ bulunması şeklinde koşullara tabi kılınmıştır⁴⁹.

Yine, belli hususların salt eleştirel şekilde, sert bir tarzda da olsa analiz edilmesi, yorumlanması da, bu madde ile hukuka uygun kabul edilmiştir. Eleştiri hakkı olarak nitelendirilebilecek bu hak da, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin bir görünümünün varlığı nedeniyle bu tarz fiillerin suç oluşturmasını engelleyecektir⁵⁰. Eleştirinin varlığı ve dolayısıyla tahrik ile aşağılama ile arasındaki sınır, ileri sürülen görüşlerle kişide salt bir değerlendirme meydana getiriliyor ve belli bir görüş açısı oluşturulabiliyorsa kabul edilmektedir⁵¹.

⁴⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 292; ayrıca bkz.: "...Temel hak ve özgürlükler arasında düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğünün ... kullanılabilmesinin en önemli yollarından birisi de basındır.

Geneli ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında, halkı objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlar üzerinde kamuoyunu düşünmeye çağırarak tarzda tartışmalar açmak, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek, uyararak ve bu yöntemlerle denetlemek, ayrıca içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları konusunda bireyi bilinçlendirmek durumunda olan basına, bu ödevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bir kısım haklar da tanınmıştır. Bunlar; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarıdır. Temelini Anayasa'nın 28. vd. maddelerinden alan ve 5187 sayılı Basın Yasasının 3. maddesinde düzenlenen bu haklar, basın yoluyla işlenen suçlarda, hukuka uygunluk nedenlerini oluşturur. Bilgiyi yayma, eleştirme ve yorumlama haklarının kabulü için, açıklama, eleştiri veya değer yargısı biçimindeki bilginin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamunun ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekli ile konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması, açıklamada "küçültücü" sözlerin kullanılmaması gerekir....", Yargıtay CGK, 11.7.2006, E. 2006/4-162, K. 2006/181, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2006-4-162.htm>, 1 Ağustos 2013.

⁴⁹ Erman, s. 154 vd.; Özek, s. 81; Haber verme hakkının sınırları konusunda ayrıca bkz.: Yargıtay 4. CD., "...Bir basın açıklamasının hukuka uygun sayılabilmesi için verilen haberin gerçek olması, güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulanması, haberin açıklanış biçimiyle konu arasındaki düşünsel (fikri) bağın boğulmamış olması, başka bir deyişle haberde adı geçen kişiler hakkında küçültücü değer yargılarında bulunulmaması gerekir. Bunlardan biri dahi bulunmazsa yazı hukuka aykırı duruma gelir....", 16.3.1998, E. 1998/1714, K. 1998/2349, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-1998-1714.htm>, 1 Ağustos 2013.

⁵⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 292; ayrıca bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 51.

⁵¹ Bayraktar, s. 118.

Gerek basının haber verme hakkı, gerekse eleştiri hakkı kaynağını ifade özgürlüğünden almaktadır⁵². İfade özgürlüğü kişinin kendi gerçekleri, seçimleri ve fikirleriyle oluşan düşüncelerini, meşru yollardan üçüncü kişilere aktarmasını sağlar. İnsanların düşüncelerini, herhangi bir korku, çekince, baskı olmaksızın üçüncü kişilere aktarımı ya da daha evvel aktarılmış düşüncelerin tartışılabilmesi, ifade özgürlüğü sayesinde gerçekleşebilir. Düşüncelerin serbest bir şekilde tedavül edebilmesi, kişisel düşüncelerin yaratılabilmesi ve fikirlerin serbestçe seçimini zorunlu kılar⁵³. Kişinin iç dünyasını ilgilendiren ve dışa vurulmadığı sürece herhangi bir hukuki düzenlemenin konusunu oluşturmayan düşünce ve dolayısıyla düşünce özgürlüğü, söz konusu düşüncelerin başkalarına aktarılması ile anlamını bulur. Bunu sağlayan da, ifade özgürlüğüdür. Birçok kez eş anlamlıymışçasına kullanılan, ancak esasen birbirinden farklı olan ve birbirlerine anlam kazandıran düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü, bu yönleriyle birbirlerinden bağımsız olarak düşünülemez⁵⁴.

İfade özgürlüğüne ilişkin temel düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁵⁵ 10. maddesinde ve Anayasa'nın 26. maddesinde yer almaktadır. AİHS md. 10'a göre, herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulu-

⁵² Nitekim Tepe de, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının, bir temel hak kullanımı olan ifade özgürlüğü ile hukuka uygun olduğunu belirtmektedir. Bkz.: İlker Tepe, "Türk Ceza Hukukunda "Eleştiri Amacıyla Yapılan Düşünce Açıklamaları" İle Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış", *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2008, Sayı: 8, s. 139; Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da, bu özgürlüğün, insanların en temel ve doğal haklarından biri olduğu vurgulanmıştır. Örnek olarak bkz.: AYM, 8.4.1963, E.: 1963/16, K.: 1963/83, (Çevrimiçi) http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=35&content=, 5 Ağustos 2013; ayrıca bkz.: AİHM, 23.4.1992, Castells / İspanya, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=355>.

⁵³ Sulhi Dönmezer, "Demokratik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 11.

⁵⁴ Tepe, s. 139; ayrıca bkz.: Gökçen, s. 218-219.

⁵⁵ D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma
MADDE 90- ...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

sal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir.

Bununla birlikte bu özgürlüklerin kullanımı, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi için yahut yargılama organlarının yetki ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için⁵⁶, hukukun öngördüğü⁵⁷ ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve toplumdaki insanların gelişimi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de söz konusudur. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olarak görülmekte, bunlar olmaksızın demokratik toplumdan bahsedilmesi mümkün olmamaktadır⁵⁸. İfade özgürlüğü,

⁵⁶ İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar, salt sayılan sınırlama amaçlarına dayanıldığı takdirde meşru bir amacı haiz kabul edilecektir. Bu sınırlamalar, sınırlama gerekliliğinin beraberinde getirdiği, sınırlamanın esasını oluşturan meşru amaçlarla orantılı olmak zorundadır. Bkz.: Ümit Kocasakal/Emine Eylem Aksoy/Pınar Memiş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 32-33; Mehmet Semih Gemalmaz, "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 313; AİHM kararlarında da bu hususun birçok kez vurgulandığı görülmektedir. Bkz.: AİHM, 25.3.1983 Silver ve diğerleri / Birleşik Krallık; AİHM, 29.10.1992, Open Door Ve Dublin Well Woman / İrlanda; AİHM, 23.9.1994 Jersild / Danimarka; AİHM, 25.3.1983, Silver ve diğerleri / Birleşik Krallık, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=66>.

⁵⁷ AİHM, 25.3.1985, Barthold / Almanya, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=97>; AİHM 26.4.1979, Sunday Times / İngiltere, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32>; AİHM 26.11.1991, Observer Ve Guardian / Birleşik Krallık, zikreden: Kocasakal/Aksoy/Memiş, s. 31.

⁵⁸ AİHM, 7.12.1976, Handyside / Birleşik Krallık, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>; ifade özgürlüğüne ilişkin benzer yönde açıklamalar için bkz.: Yargıtay 8. C.D., T. 22.06.2004, 2930-5686, aktaran: Parlar/Hatipoğlu, s. 3473-3474; ayrıca bkz.: Dönmezer, "Demokratik ve Uygur Topumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", s. 10.

konu bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Her şey ifade özgürlüğünün konusunu oluşturabilecektir⁵⁹. Bunun yanı sıra bu özgürlükten herkesin, hatta basın kuruluşları gibi tüzel kişilerin dahi yararlanacağı kabul edilmektedir⁶⁰.

Anayasa'nın 26. maddesine göre ifade özgürlüğü ise, herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ve bu özgürlüğün resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsadığı anlamına gelmektedir. Anayasa'ya göre ifade özgürlüğünün kullanımı bakımından getirilen sınırlamaların, 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 şeklindeki nedenlerden ileri gelmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte sınırlama ancak kanunla öngörülebilir.

Buradaki nedenler, esasen sınırsız olan bu özgürlüğün, uygun koşullar altında sınırlarının çizilebilmesine olanak sağlayacak niteliktedir⁶¹. Kaldı ki, bu nedenlerle bağlı kalınarak ancak Anayasa'nın 13.

⁵⁹ Gemalmaz, s. 302.

⁶⁰ Kocasakal/Aksoy/Memiş, s. 30; Gemalmaz, s. 301; AİHM, 26.4.1979, Sunday Times / İngiltere, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32>.

⁶¹ Düşünce açıklamalarının sınırsız olmadığı yönünde bkz.: Özgenç, "Suç Teşekkürü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 59; ayrıca bkz.: "...Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların Yasakoyucu tarafından daraltılmasıdır....", AYM, 20.1.1993, E.: 1992/36, K.: 1993/4, (Çevrimiçi)

maddesindeki ilkeler çerçevesinde bir sınırlanma söz konusu olabilecektir. 13. maddeye göre, ifade özgürlüğü, yukarıda sayılan amaçları taşıyan sınırlama nedenleri ile bağlı olarak, özlerine dokunulmaksızın ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Bu sınırlamalar da, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve de ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

TCK md. 216'daki suç tipleri ile kamu barışı ve de dolaylı olarak kişilerin şereflerinin korunması bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olmaktadır. Zira kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklaması, ifade özgürlüğü ile garanti alınırken, diğer yandan bu düşünce ve kanaatler, dışa vurulmayla artık üçüncü kişilerin hakları ve özgürlükleri bakımından da etki doğurabildikleri için, bu nedenle de sınırlama ve müdahalelere maruz kalabilecektir⁶². Bununla birlikte kanun koyucu, basının haber verme hakkı ve de eleştiri hakkı şeklindeki ifade özgürlüğünün uzantılarına özellikle vurgu yaparak, bunların mutlak suretle göz önünde bulundurulmasını istemiştir. Ancak belirtilen bu hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aşacak nitelikteki fiiller ise, TCK md. 216 anlamında sorumluluğu gündeme getirecektir. Ancak dikkat edilmelidir ki, gerek basının haber verme hakkının, gerekse eleştiri hakkının sınırlarının kasten aşılması md. 216'daki suçu oluşturacaktır. Bu hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin sınırın taksirle aşılması şeklindeki aksi hâlde ise, md. 216'daki suç tiplerinin taksirle işlenebileceği düzenlenmediğinden, failin sorumluluğunu gündeme getirmeyecektir⁶³.

Belirtilmelidir ki, kişilerin TCK md. 26/2 kapsamında verdiği rızaları, korunan hukuksal değerın daha ziyade kamusal karakterli olması nedeniyle, hukuka uygunluğu sağlamayacaktır⁶⁴. Zira ilginin rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedeni için kişilerin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın söz konusu olması gerekmektedir.

⁶² Dönmezer, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği - Anayasa Hukuku)", s. 772; Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 60.

⁶³ Ayrıntılı olarak bkz.: Aykut ERSAN, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 116 vd..

⁶⁴ Krauß, § 130 - Kn. 136.

4. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

TCK'nin 218. maddesinde, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, cezayı arttıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli unsur bakımından, TCK md. 6/1g özellikle dikkate alınmalıdır. Zira söz konusu düzenlemeye göre basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayının anlaşılması lazım geldiği belirtilmektedir. Bu açıdan suçun, örneğin televizyon veya radyo programları, gazete yazıları, Twitter, Facebook gibi sosyal medyada paylaşılan iletiler, fotoğraflar vasıtasıyla işlenmesi bu suç bakımından cezayı arttıran bir nitelikli unsur olarak dikkate alınmak durumundadır.

Yukarıda hukuka uygunluk nedeni olan basının haber verme hakkı ile burada açıklanan basın ve yayın yoluyla işlenme şeklinde nitelikli unsur düzenlemeleri karşısında, 218. maddede, bir yandan ifade özgürlüğünü nitelikli unsur düzenlemesi ile sınırlayıcı bir tutum izlenirken, diğer yandan basının haber verme hakkına ve eleştiri hakkına vurgu yapılarak ifade özgürlüğünü genişletici bir düzenleme getirilmiş olduğu dikkat çekicidir. Bu nedenle, özellikle de hukuka uygunluk nedeni olan basının haber verme hakkı, buradaki nitelikli unsurun varlığı karşısında son derece titizlikle irdelenmelidir.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

5.1. Suça Teşebbüs

Birinci fıkraya göre, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi durumunda, sırf hareket suçu olan bu suç oluşacaktır. Sırf hareket suçlarında bir netice aranmamakla birlikte, fiilin kısımlara bölünme imkânı olduğu sürece suça teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir⁶⁵. Buradaki suç tipine teşebbüs de bu açıklamalar çerçevesinde mümkündür.

⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 572; Önder, s. 419; Cihan ise, tahrike ilişkin suç tipi bakımından kural olarak teşebbüsün mümkün olmadığını, kuraldışı olarak ise suçun basın veya kitle iletişim araçları ile işlenmesi hâlinde teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz.: Cihan, s. 123; Alman Ceza Kanunu'ndaki benzer suç tipleri bakımından teşebbüs cezalandırılmamaktadır. Bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 115.

Benzer açıklamalar ikinci ve üçüncü fıkralardaki aşağılama suç tipleri için de geçerlidir. Bu suç tipleri de, ayrıca bir netice aranmadığından sırf hareket suçları niteliğindedir ve bu açıdan, icra hareketlerinin kısımlara bölünme imkânı olduğu sürece suça teşebbüs mümkündür⁶⁶. Nitekim örneğin, halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması suç tipi bakımından, aşağılama için aşağılamaya yönelik açıklamaların başka kişilerle paylaşmak üzere hafıza kartına ses kaydı yoluyla kayıt altına alınmasına karşın, bu kayıtların yer aldığı hafıza kartının bir radyo programında yayın için bilgisayara takıldığı anda virüs girmesi sonucu bozulması hâlinde, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Bununla birlikte, birinci fıkradaki şekilde tahrik nedeniyle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Yukarıda vurguladığımız üzere bir objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul ettiğimiz bu şekildeki somut tehlike, suça teşebbüs bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Belirtilmelidir ki, doktrinde objektif cezalandırılabilme koşulunun bulunduğu suçlarda da suça teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte, objektif cezalandırılabilme koşulunun bulunduğu suçların teşebbüs aşamasında kalması hâlinde, bu koşul gerçekleştiği sürece suça teşebbüsten dolayı cezaya hükmolunabilecektir⁶⁷. Örneğin kişi, düzenlenen bir mitingde telekonferans yoluyla Ege Bölgesi'ndeki halk kesimini Karadeniz Bölgesi'ndeki halk kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edecek şekilde konuşma yapacağı sırada ilgili elektronik aletlerin bozulması nedeniyle konuşmasına başlayamaz ve de bu nedenle konuşmayı kimseye duyuramazsa, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bununla birlikte, söz konusu konuşmanın içeriği kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkaracak nitelikteyse, bu durumda teşebbüsten dolayı cezalandırma söz konusu olacaktır.

⁶⁶ Ayrıca bkz.: Zafer, s. 249.

⁶⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 595; buna karşın, doktrinde objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda, suça teşebbüsün mümkün olduğu, ancak objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleştiği takdirde teşebbüs aşamasında kalan suçtan bahsedilemeyeceği konusunda bkz.: Koca/Üzülmez, s. 325; objektif cezalandırılabilme koşulu ihtiva eden bu suça teşebbüsün cezalandırılmayacağını savunan görüş için bkz.: Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 583.

Benzer husus, üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması fiilinin kamu barışını bozmaya elverişliliği şeklindeki somut tehlike durumu bakımından da geçerli olacaktır.

5.2. Suça İştirak

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunda yer alan birden fazla suç tipi bakımından, tüm bu suçlara müşterek fail, dolaylı fail, azmettiren, yardım eden olarak iştirakin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu bu suçlar bakımından özel bir faillik statüsü aramamıştır. Dolayısıyla bu suç tiplerine iştirakte, iştirake ilişkin TCK'deki genel hükümler dikkate alınacaktır. Örneğin, bir kişi, bir diğer kişiyi, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrike azmettirdiğinde, burada TCK'deki azmettirmeye ilişkin genel hükümler dikkate alınacaktır⁶⁸.

5.3. Suçların İçtimai

Buradaki suç tipleri bakımından kanun koyucu suçların içtimai ilişkilerde özel bir düzenleme getirmediğinden, içtima problemlerinde suçların içtimai ilişkilerde TCK'deki genel hükümler uygulanacaktır.

Ancak bu noktada şu hususa değinilmesi gerekmektedir. Buna göre, birinci fıkradaki halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik ederken, ikinci fıkradaki halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması ya da ikinci fıkradaki halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılamada bulunulurken, üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması söz konusu olabilir. İşte bu şekilde, maddedeki farklı fıkralarda yer alan suç tipleri

⁶⁸ Önder, s. 420; ayrıca bkz.: Ostendorf, § 130 - Kn. 10; evinin duvarına tahrike elverişli yazılar yazılan kişinin, bu yazıyı silmek yükümlülüğü olmadığından suça iştiraktan sorumlu tutulamayacağı yönünde bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 137.

tek bir fiille birlikte işlenmektedir. Burada, her ne kadar bu suç tipleri “halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçu olarak aynı maddede yer alsalar da, tüm bu suçlar farklı fıkralarda farklı unsurları, cezaları içerir şekilde farklı düzenlemelere sahiptirler. Bu nedenle de kanaatimizce, farklı neviden fikri içtiman düzenlendiği 44. maddenin gerekçesinde “...Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir...” şeklinde bir vurgu yapılmış olmakla birlikte, belirtilen ihtimalde işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suç tipinin oluşmasına sebebiyet verilmesi nedeniyle, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmayı gerektiren farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulmalıdır⁶⁹.

Bununla birlikte doktrinde bir görüş, kişinin halkın bir kesimini, din farklılığına dayanarak alenen aşağılarken, aynı zamanda halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri de alenen aşağılıyor olabileceğini, bu durumda ise, özel norm olarak üçüncü fıkradaki suç tipi olan halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindedir⁷⁰. Ancak dikkat edilmelidir ki, bir düzenlemenin özel norm niteliği, bu düzenlemenin, genel norma göre bazı farklı unsurlar ve özellikleri içermesi, bu nedenle de, genel norm kapsamına girmeyen durumlarda da uygulanabilmesinden ileri gelmektedir⁷¹. Ancak burada her iki norm arasında özel-genel şeklindeki ayırım yapılabilecek bir özelleştirmeye gidilmediği, unsurları dikkate alındığında bağımsız iki farklı suç tipine yer verildiği ve bu nedenle de farklı neviden fikri içtima kurallarının uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.

Yine içtima bakımından farklı bir ihtimal olarak, ikinci ve üçüncü fıkralardaki aşağılama suç tipleri bakımından daha ziyade aşağılamaya maruz kalan ilgili kişilerin ya da daha doğru bir ifadeyle halk kesimlerinin mağdur olabileceğini belirttiğimizden, burada tek fiil ile farklı farklı halk kesimlerinin aşağılamaya maruz kalması durumunda, tek bir fiil ile aynı suçun farklı kişilere karşı işlenmiş olduğu kabul edilebileceğinden, aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁷².

⁶⁹ Bkz.: Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 13; Krauß, § 130 - Kn. 140.

⁷⁰ Bu görüş için bkz.: Zafer, s. 215.

⁷¹ Bkz.: Kayıhan İçel, Suçların İçtiması, İstanbul, 1972, s. 191.

⁷² Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 27.

Bundan başka, halkın bir kesiminin diğer kesimi aleyhine tahriki neticesinde bu farklı kesimlerin birbirlerine karşı şiddet göstermesinin, TCK md. 214' teki suç işlemeye tahrik suçuna vücut vereceği kabul edilmektedir. Bunun yanında tahrik aynı zamanda aleyhine tahrikte bulunulan halk kesimine karşı suç işlemeğe tahrikse, bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır⁷³. Ayrıca bu maddedeki suç tiplerinin fiillerini oluşturan tahrik, aşağılama şeklindeki tek bir fiille aynı zamanda bir kişiye karşı hakaret suçu da işlenirse, farklı neviden fikri içtima kuralları uygulama alanı bulacaktır⁷⁴.

6. KOVUŞTURMA, YAPTIRIM VE GÖREV

Maddedeki her üç suç tipinin de takibi şikâyete tabi kılınmadığından, bu suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır⁷⁵.

Maddenin ilk fıkrasındaki suç tipi bakımından öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre ise, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin⁷⁶ görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılacaktır. Buna göre, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme suçu bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır⁷⁷.

⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 733.

⁷⁴ Elbette hakareten bahsedilebilmesi için mağdurun kimlik bakımından belli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 142; farklı suç tiplerinin de oluşması hâlinde gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği yönünde bkz.: Gökçen, s. 302. Bu son görüşün tek bir fiilden bahsedilemediği durumlarda geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bkz.: Cihan, s. 125.

⁷⁵ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bs., İstanbul, Beta Basım, 2012, s. 81.

⁷⁶ Ağır ceza mahkemesinin görevi Madde 12- Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

⁷⁷ "...görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olacağı..." yönünde ayrıca bkz.: Yargıtay CGK, 6.3.2007, E. 2006/8-179, K. 2007/57, (Çevrimiçi) <http://www.ka>

5235 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre ise, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içinde olduğundan, ikinci ve üçüncü fıkralardaki halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama ve halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suç tipleri bakımından görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesi olacaktır. Zira bu suç tipleri için öngörülen cezalar altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır.

Bununla birlikte bu suçların basılmış eserler yoluyla işlenmesi hâlinde Basın Kanunu md. 27'nin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁷⁸. 27. maddeye göre, basılmış eserler yoluyla işlenen suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülecektir. Bu açıdan, TCK md. 216'daki suç tiplerinin basılmış eserler yoluyla işlenmesi hâlinde, tüm suç tipleri bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi⁷⁹ olacaktır.

zanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2006-8-179.htm, 2 Ağustos 2013.

⁷⁸ Parlar/Hatipoğlu, s. 3388.

⁷⁹ Görevli mahkemeler ve yargılama usulü

Madde 27- ... Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması hâlinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür.

KAYNAKLAR

- Alacakaptan, Uğur: "Fikir, Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı - C. 2, Ankara, 2000, s. 5-43.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Aydın, Öykü Didem: "YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış", Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006, S. 6, s. 119-143.
- Bayraktar, Köksal: Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar - Cilt: I, İstanbul, Beta Basım, 2007.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bs., İstanbul, Beta Basım, 2012.
- Cihan, Erol: "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. m. 312)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1974, C: XXXX, S.: 1-4, s. 97-130.
- Dönmezer, Sulhi: "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği - Anayasa Hukuku)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1963, C: XXIX, S.: 3, s. 761-780.
- Dönmezer, Sulhi: "Demokratik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 7-13.
- Erman, Sahir: Hakaret ve Sövme Suçları, 2. bs., İstanbul, 1989, s. 34-35.
- Ersan, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 287-341.
- Gökçen, Ahmet: Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2), 2001.
- İçel, Kayıhan: Suçların İçtimai, İstanbul, 1972.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, 5. bs., Berlin, 1996.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Kocasakal, Ümit/Aksoy, Emine Eylem/Memiş, Pınar: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 25-50.

- Krauß, Matthias (Bölüm yazarı): Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar – Fünfter Band - §§ 110 bis 145d, Yay. Haz.: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, 12. bs., Berlin, De Gruyter Recht, 2008, § 130.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2011, § 130.
- Lenckner, Theodor/Sternberg-Lieben, Detlev (Bölüm yazarları): Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2010, § 130.
- Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg (Bölüm yazarları): Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, 2010, § 186.
- Mahmutoglu, Fatih Selami: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2005, C: LXVIII, S.: 1-2, s. 57-112.
- Ostendorf, Heribert (Bölüm yazarı): Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Yay. Haz.: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, 4. bs., Baden-Baden, Nomos, 2013, § 130.
- Önder, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Özek, Çetin: Türk Basın Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978.
- Özgenç, İzzet: “Suç Teşekkülü, Düşüncüyü Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1997, C: LV, S.: 3, s. 51-63.
- Özgenç, İzzet: “Düşüncüyü Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku”, 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998, s. 180-231.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., Ankara, 2013.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu - (151 - 229. Maddeler) 3. Cilt, 3. bs., Ankara, 2010.
- Schäfer, Jürgen (Bölüm yazarı):Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 3: §§ 80-184g StGB, Yay. Haz.: Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, München, 2. bs., Verlag C.H. Beck, 2012, § 130.
- Sınar, Hasan: “Yeni Türk Ceza Kanununda İfade Özgürlüğü”, Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrechts, Yay. Haz.: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Nomos, 2010.
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Şen, Ersan: “Türk Ceza Kanunu m. 301”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2007, Sayı: 1.
- Tepe, İlker: “Türk Ceza Hukukunda “Eleştiri Amacıyla Yapılan Düşünce Açıklamaları” İle Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2008, Sayı: 8, s. 127-152.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Zafer, Hamide: "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2004, C: LXII, S.: 1-2, s. 209-261.

Diğer Kaynaklar:

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı:

<http://www.bverfg.de/>

<http://aihm.anadolu.edu.tr/>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>

<http://www.anayasa.gov.tr/>

<http://www.kazanci.com/>