

İFADE HÜRRIYETİ BAĞLAMINDA HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU (TCK 216/1)

Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ*

GİRİŞ (Introduction)

Demokrasiler farklı görüşlerin çatışma halinde bulunduğu sistemlerdir. Bu sayede farklı görüşler ortaya konacak ve beğenilmeyen görüşler terk edilerek mutlak doğruya ulaşılmaya çalışılacaktır. Bunu da sağlamanın yegâne yolu özgür düşünce ortamının oluşturulması ve ifade hürriyetinin gerekli korumasının sağlanmasıdır. Ancak unutulmamalıdır ki bu hürriyet de diğer hürriyetler gibi, sınırsız bir hürriyet değildir. Bu sınırlamalardan birisi de TCK 216/2 de düzenlenen suç tipidir.

Biz de çalışmamızda ilk başta ifade hürriyetini genel anlamıyla açıklamaya, AİHS çerçevesinde bu hürriyetin kısıtlanmasının şartlarını belirtmeye çalışacağız. Daha sonra da 5237 sayılı TCK 216/1. maddede düzenlenen suç tipini 765 sayılı TCK 312/2 madde ile karşılaştırarak inceleyeceğiz.

1- İFADE HÜRRIYETİ (Freedom of Expression)

1- Genel Olarak (General)

İfade hürriyeti yerine düşünce hürriyeti, düşünme ve tartışma hürriyeti, söz hürriyeti ve düşün hürriyeti kavramları kullanılmaktadır. Bu terimler kavramın belirli fonksiyonlarına işaret etmelerinden dolayı yanlış değildir.¹ Ama kavramın sadece bir yönünü ortaya koymaktadırlar. Bu yüzden biz çalışmamızda tüm bu terimleri kapsayıcı olduğunu düşündüğümüz “ifade hürriyeti” kavramını kullanmayı uygun bulduk.

İfade Hürriyetini, bu kavramı oluşturan kelimelerin anlamına bakarak açıklayabiliriz. Sözlük anlamıyla ifade: anlatım, deyiş, bir duyguyu yüz aracılığıyla anlatan belirtilerin bütünü anlamına gelmektedir.² Hukuki anlamında ise ifade daha geniş kapsamlıdır. Zira söz, yazı ve resim dahi ifadenin kapsamı içerisine girebilmektedir. Sözlük anlamıyla hürriyet ise özgürlüğün karşılığı olarak kullanılmaktadır.³ Hürriyet, “bireyin toplum içinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır.”⁴

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

¹ Reyhan SUNAY: İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, doktora tezi, (Konya, 1999), 3

² Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, cilt 1, (Ankara, 1998), 1047

³ Türk Dil Kurumu: 1014

⁴ Ayhan BEYDOĞAN: Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, (Ankara, 2003).

TEZİÇ, ifade hürriyetini (düşünce özgürlüğü) “insanın karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği yanıtları kendi kendine seçebilmesi, ya da şahsen hazırlayabilmesi, bireysel ve sosyal davranışlarını da bu yanıtlara uydurabilmesi olanağı”⁵ olarak tanımlamıştır.

İfade hürriyeti: “başkalarının hürriyetleriyle, kişisel alanlarıyla sınırlı kalmak koşuluyla kişinin herhangi bir kayıtlama altında olmaksızın duygu ve düşüncelerini herhangi bir yolla açığa çıkarması, başkalarına aktarabilmesidir.”⁶

Diğer bir tanımda ise “ifade hürriyeti (özgürlüğü), yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşünceyi serbestçe açıklama özgürlüğü”⁷ olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi verilen üç tanım da ifade hürriyetinin farklı yönlerini belirtmektedir. Birinci tanımda kişilerin sosyal davranışlarına yön veren; ikinci tanımda başkalarının hürriyet alanlarına kadar kayıtlanan duygu ve düşüncelerin açıklanması; üçüncü tanımda sırf hoş giden değil, bunun yanında her türlü düşüncenin serbestçe açıklanmasıdır.

İleride değineceğimiz “ifade hürriyetinin unsurları”ndan hareket edilerek yapılan tanım ise şöyledir: “İfade hürriyeti (düşünce özgürlüğü), insanın serbest şekilde bilgiye ve düşünceye ulaşabilmesini, düşünce ve kanaatlerinden dolayı suçlanmamasını, düşünce ve kanaatlerini serbest şekilde açıklayabilmesini, savunabilmesini ve başkalarına ulaştırabilmesini ifade eder.”⁸

2- Önemi (Importance)

İfade hürriyeti demokratik toplumların olmazsa olmaz şartıdır. Hatta bir görüş onu yaşam hakkı ile birlikte diğer özgürlüklerin ön koşulu olarak görmektedir.⁹ Bir sistem, ifade hürriyetine sağladığı güvence oranında demokratik ya da tam tersi olarak, ifade hürriyetine getirdiği kısıtlamalar derecesinde antidemokratik sistem olarak değerlendirilmektedir.

İfade hürriyeti AİHS'nin en önemli unsurudur diyebiliriz. Zira 1998 yılında 11 nolu ek protokolle tek çatı altında toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade hürriyetine verdiği önemi göstermek için ilk kararını bu konuda vermiştir.¹⁰ AİHM'e göre toplumların ilerlemesi ve bireylerin gelişimi ifade hürriyeti ile bağlantılıdır.¹¹

⁵ Erdoğan TEZİÇ: “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, cilt 7, yıl 1990, 33

⁶ Ayhan BEYDOĞAN: 14

⁷ Vahit BIÇAK: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, (Ankara, 2002), 19

⁸ TÜBA'nın Düşünce Özgürlüğü İle İlgili Görüşü, [http://www.tuba.gov.tr / duyurugoster.php?yil=94&duyuru=1,05.09.2005](http://www.tuba.gov.tr/duyurugoster.php?yil=94&duyuru=1,05.09.2005)

⁹ Uğur ALACAKAPTAN: “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları. Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar. Türkiye Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, cilt 2, (Ankara, 2000), 14

¹⁰ Vahit BIÇAK: 45

¹¹ Metin KAYAÇAĞLAYAN: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi Çerçevesinde “İfade Hürriyeti” ve 1982 Anayasası, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara, 2001), 51

Demokrasilere farklı görüşlerin çatışma halinde bulunduğu, tek düze olmayan¹² sistemler diyebiliriz. İnsanlar düşüncelerini serbestçe ifade edeceklerdir, bu onların en doğal hakkıdır.¹³ Düşünce açıklamak özgürlüğü demokrasinin ölçütü olarak görülür.¹⁴ Bu sayede yanlışlar ortaya çıkacak, çözüm getirmediğine inanılan fikir ve yöntemler yenileri ile değiştirilecektir.¹⁵ Tabii bu anlatılanlar özgürlükçü, kişilerin ifadelerinden dolayı bir yaptırıma maruz kalmayacaklarına güvendikleri bir ortamda gerçekleşir. Bu ortamın sağlanması için de demokratik rejimlerin resmi bir ideolojiye dayanmadıkları kabul edilir. Bu yüzden devletin bu ideoloji dışındaki fikirlere karşı korunması söz konusu değildir. Değişik fikirler cebir ve şiddete başvurulmadığı, suçu övme ve suça teşvik niteliğinde bulunmadıkları sürece koruma görürler.¹⁶ Hatta bu bilgiler yanlış da olsa ifade hürriyetinin koruma alanından yararlanır. Çünkü bu hürriyetin kullanılmasında bilginin içeriği veya kalitesi belirleyici bir ölçüt değildir.¹⁷

3- Unsurları (Elements)

İfade hürriyetinin unsurları hakkında değişik görüşler vardır: Bir görüş, bilgi ve fikir alma ve sahip olunan bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğü olmak üzere kavramın iki boyutu olduğunu savunmaktadır.¹⁸ İfade kavramından yola çıkan bir diğer görüş ise, düşünme ve duyguya sahip olma, bu düşüncelerin karşı tarafa aktarılma istenmesi, ulaştırılmak istenen bir hedef ve bu hedefe bilgilerin aktarılması olmak üzere dört unsurun varlığını savunmaktadır.¹⁹ İfade hürriyeti bir süreci anlatmaktadır. İlk başta haber ve fikirler serbestçe öğrenilecek (bilgilenme), daha sonra bu bilgiler kişinin kendi iç dünyasında yoğrulacak ve kişi bunlar hakkında bir kanaate ulaşacak (kanaat edinme), en sonunda ulaşılan bu kanaatler dış dünyaya aktarılacaktır (fikir ve kanaatlerin açıklanması). Bu yüzden biz unsurlar kısmını üçlü bir ayrım yapmak suretiyle inceleyeceğiz.

a-Bilgilenme Hakkı (Freedom of Knowledge)

İfade hürriyetinin ilk ayağını bilgilenme hakkı oluşturmaktadır. Demokratik sistemlerde bireyler çevrelerinde olup biten olaylara kayıtsız kalamazlar. Fikir ve bilgiler ifade hürriyetinin hammaddesini oluşturur.²⁰ AİHS ifade hürriyetini düzenlediği 10/1 maddede haber veya fikir almak hakkı diye nitelendirdiği bilgilenme hakkının kullanılmasının, memleket sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağını belirtmiştir.

¹² Uğur ALACAKAPTAN: 16

¹³ Ayhan BEYDOĞAN: 14

¹⁴ Çetin ÖZEK: "Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı", Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, (İstanbul, 1999), 32

¹⁵ Reyhan SUNAY: 9; Vahit BIÇAK: 45

¹⁶ Reyhan SUNAY: 14

¹⁷ M. Bedri ERYILMAZ: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku", Ankara Barosu Dergisi, sayı 2001-1, 253

¹⁸ Vahit BIÇAK: 20

¹⁹ Ayhan BEYDOĞAN: 13

²⁰ Metin KAYAÇAĞLAYAN: 60

Bir düşüncenin serbestçe oluşabilmesi için farklı kanaat ve eğilimlerin bireylere bilgi edinme, haber alma ve seçme olanakları sağlayacak bir ortam yaratılmasını zorunlu kılmaktadır.²¹ Yani devletin ifade hürriyetine karışmamak şeklinde ortaya çıkan negatif yükümlülük, hürriyetin kullanılması için yeterli olmamaktadır. Ayrıca, pozitif yükümlülükler dediğimiz tedbirlerin de alınması zorunludur.

Günümüzde kişilerin fikir ve bilgilere ulaşmasının en etkili yolu yazılı veya görsel basındır. İşte bu yüzden ifade hürriyetinin kullanılmasında basın çok önemli bir işlevi bulunmaktadır. İfade hürriyeti, basının bilgi ve yorum aktarmasını güvence altına aldığı gibi bireylerin bu bilgi ve yorumları öğrenme hakkını da güvence altına alır.²² “Basın Özgürlüğü”, ifade hürriyeti kapsamında kabul edilmek gerekir. Gerçekten, “basın”, düşünce açıklamak açısından bir kitle iletişim aracıdır.²³ Yalnız şunu da belirtelim haber verme hakkı, sırf olayların anlatılmasıyla sınırlı değildir. Eleştiri yapmak suretiyle kendi fikirlerini beyan etmek de haber verme hakkı içerisinde değerlendirilir.²⁴ Yargıtay’ın ETCK 312/2 maddesi ile ilgili yerel mahkemece verilen mahkûmiyet kararını onadığı bir kararındaki karşı oy yazısında, bu husus haklı olarak savunulmuştur.²⁵ Basın özgürlüğünün ifade hürriyetinin en önemli kullanım şekli olması sebebiyle bu konuya ileride tekrardan değinilecektir.

b-Kanaat Edinme (Opinion)

Kanaat edinme belli bir fikrin zorla kabul ettirilmemesi ve düşüncelerinden dolayı kişinin kınanmaması ve suçlanmaması hakkını kapsar.²⁶ Bu hürriyet kişinin iç dünyasına yöneliktir. Demokratik sistemlerde devlet kanaat hürriyetini sınırlandırmak şöyle dursun bu alana karışmak hakkına bile sahip bulunmamaktadır. Düşünce ve kanaat kişinin iç dünyasında kaldığı sürece mutlak²⁷, olağanüstü yönetim dönemlerinde bile bu hürriyet sınırlanamayacaktır.²⁸ Hukuki-cezai sorumluluk için bir eylemin varlığı şarttır. Salt düşüncenin kendisi bir eylem sayılamayacağından dolayı hukuk düzeni bunlarla ilgilenmez. Kısıtlanan ise düşüncenin açıklanan kısmıdır.²⁹

²¹ Erdoğan TEZİÇ: 32

²² Vahit BIÇAK: 45

²³ Çetin ÖZEK: Devletin Korunması..., 32

²⁴ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt 2, (İstanbul, 1999), 42

²⁵ “Demokratik bir ülkede yazarların ve düşünürlerin ülke sorunları üzerinde kafa yorması, düşünce üretip bunları yazılarıyla ve söylemleriyle dile getirmeleri kadar doğal bir yaklaşım biçimi düşünülemez. Yazarlar ve düşünürler bu işlevlerini ortaya koyarlarken, yönetimlerin istekleri doğrultusunda düşünmek, yazmak ya da söylemler üretmek zorunda değildir. Aksine aykırı düşünceleri de onların en doğal hakkıdır. Dahası bu düşünceler çoğunluk tarafından paylaşılmayan düşünceler de olabilir. Bunun tek yaptırımı benimsenmemek olmalıdır.”(Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.1996/11624. K.1996/12797. Karşı düşünce, www.yargitay.gov.tr 15.08.2005)

²⁶ Süleyman DOST: Avrupa İnsan Hakları Denetim Organlarının İçtihatlarına Göre İfade Özgürlüğü ve Türkiye, yüksek lisans tezi, (Isparta, 2001), 6

²⁷ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Feyyaz GÖLCÜKLÜ: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (Ankara, 2004), 359

²⁸ Yücel SAYMAN: “Anayasa Tasarısında Düşüncelyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü”, İktisat Dergisi, sayı 396, Aralık 1999, 39

²⁹ Ayhan BEYDOĞAN: 23

Kanaat hürriyetinin bir başka yönü ise kimsenin kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması kuralıdır. "Açıklamaya zorlanamama" güvencesinden dolayı bu hürriyet konuşmama hürriyeti olarak da nitelendirilmektedir.³⁰

Kişi iç dünyasında tamamen hür olduğu için düşünce olarak anayasal düzenle çatışma halinde bulunabilir. Ancak bundan dolayı ona herhangi bir sorumluluk yüklenemez. Bu yüzden demokrasilerde kişinin anayasal düzene uygun düşünmek zorunda olmadığı, ancak uygun davranmak zorunda olduğu savunulur.³¹

c-Fikir ve Kanaatlerin Açıklanması (Declaration of Ideas and Opinions)

İfade hürriyeti fikir ve kanaatlerin açıklanmasıyla bir anlam bulur. Düşüncelerin kişinin iç dünyasında kalmasıyla hukuk düzeninin ilgileneceğini daha önce söylemiştik. Hukuk düzeni ifadenin açıklanmasından sonra devreye girer. Demokratik sistemlerde ifade hürriyetinin anlamı, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğüdür.³² Bu yüzden ifade hürriyeti yalnızca onaylanan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun fark etmeyen "bilgi" ya da "düşünceler" için değil; hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, "demokratik toplum"un onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliğin gereğidir.³³ ABD Yüksek Mahkemesi ise Terminello V. Chicago kararında düşünce açıklamasının bir huzursuzluk, kurulu düzenin koşullarında hoşnutsuzluk yarattığı, hatta kişileri kızgınlığa sürüklediği zaman amacına en iyi şekilde hizmet etmiş olduğunu belirtmiştir.³⁴

Görüldüğü gibi fikir ve kanaatlerin açıklamasından sonra toplumda bir bölünme bile olsa bu ifadeler koruma kapsamından yararlanacaktır. Kişi beğenmediği uygulamaları eleştirebilmeli, doğru bulduğu fikirleri başkalarına aktarabilmeli ve bu görüşlerine taraftar bulmak için faaliyette bulunabilmelidir. Dolayısıyla eleştiri ve bilgi verme sınırlarını aşır bir fikre taraftar kazanmayı ve bireylerin tutumları üzerinde kontrol kurmayı hedefleyen propaganda faaliyetleri, fikirlerin açıklanması ve yayılması hürriyeti içerisinde yer almaktadır.³⁵

İfade hürriyeti fertler için önemli olmakla birlikte bu hürriyet esas görünümünü basın hürriyeti kapsamında göstermektedir. Çünkü basın hürriyetinin güvence altına alınması ile basının bilgi ve yorum aktarması güvence altına alınacağı gibi bireylerin bu bilgi ve yorumları öğrenme hakkı da güvence altına alınmış olacaktır.³⁶ Bu hususu AİHM bir kararında belirtmiştir.³⁷

³⁰ Reyhan SUNAY: 49

³¹ Çetin ÖZEK: Devletin Korunması.... 34

³² Vahit BIÇAK: 19

³³ ZANA / TÜRKİYE DAVASI 25 Kasım 1997 (69/1996/688/880 [http:// www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm](http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm))

³⁴ Terminello v. Chicago 377 US. 1(1949) Ersan İLAL: 67

³⁵ Reyhan SUNAY: 54

³⁶ Vahit BIÇAK: 45

³⁷ "Basının görevi sadece bu tür bilgi ve fikirleri iletmekle sınırlı değildir; halk da onları alma hakkına sahiptir." Lingens/Avusturya kararı. Vahit BIÇAK: 128

Ekonomik, sanatsal ve bilimsel konulara göre, politik ve kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda açıklanan görüşlerle ilgili uygulamacıların ceza kanununun müeyyidelerini devreye sokarak bu özgürlüğü sınırlarken daha yavaş ve dikkatli davranması gerekir. Çünkü bu konuların tartışılması demokratik toplumun daha etkili işlemesi için önemlidir. Dolayısıyla, kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün kullanım alanı daha geniş ve devletlerin bu özgürlüğü sınırlama noktasındaki takdir alanı daha dardır.³⁸ Siyasal ifadeler, diğer tüm ifade biçimlerinden daha öncelikli bir koruma görmektedirler.³⁹ Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, şahısları, hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Zira hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabilecekken ceza davasına başvurmada kendini sınırlı görmesini gerektirir.⁴⁰ Yönetenler, sıradan yurttaşlara nispetle daha sert bir biçimde eleştirilebileceklerdir ki bu tespit ifade hürriyetinin bir anlamda “muhalifet özgürlüğü” olduğuna ilişkin yaklaşıma işlerlik kazandırmaktadır.⁴¹

II- AİHS'NDE İFADE HÜRRIYETİNİN SINIRLANMASI

(The Restriction on Freedom of Expression in European Convention on Human Rights)

1-Genel Olarak (General)

Başlığımızdan da anlaşılacağı gibi ifade hürriyetin sınırlanması konusunu AİHS 10. madde çerçevesinde incelemeye çalışacağız. Mahkemenin bu alanda vermiş olduğu kararların, taraf ülke kanun koyucularını ifade hürriyetini sınırlayan maddelerde değişiklik yapmaya zorlaması bizi buna iten etmendir.⁴²

İfade hürriyeti de diğer birçok hürriyet gibi kısıtlamalara maruz kalabilir. Bizim burada tartışmamız gereken husus bu hürriyetin kısıtlamaya maruz kalabilip kalamayacağı değil; yapılan kısıtlamanın demokratik hukuk devletindeki sınırının ne olacağıdır. Burada şunu da belirtelim yapılacak kısıtlama asla düşüncenin kendisine değildir, o düşüncenin açıklanış biçimi kısıtlamanın konusu olabilir.⁴³ Nitekim 1982 Anayasası 25. maddesinde kimsenin düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağını ve suçlanamayacağını söylemekle bu hususu belirtmiş bulunmaktadır.

AİHS 10/2 maddede yapılacak sınırlandırmaların sınırını çizmiştir. Buna göre,

1- sınırlama kanunla belirlenmiş olmalıdır,

³⁸ ÖZTÜRK v. Turkey, Başvuru No 22479/93, 28 Eylül 1999 Kararı, para. 66

³⁹ Öykü Didem AYDIN: Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku Amerika Birleşik Devletleri Örneği, cilt 1.(Ankara, 2004), 124

⁴⁰ Casstells/İspanya kararı, Vahit BIÇAK: 159

⁴¹ Metin KAYAÇAĞLAYAN: 92

⁴² Nitekim konumuz olan “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçunu düzenleyen ETCK 312/2 madde birçok defa değişikliğe uğramıştır. AİHS’ ne uyum için yapıldığını söyleyebildiğimiz 4744 sayılı kanunla maddede yazılı suçun oluşabilmesi için eylemin kamu düzeni için tehlikeli bir şekilde işlenmiş olma şartı getirilmişti. 5237 sayılı TCK daha ileri bir adım atarak eylemin ancak kamu güvenliği için açık ve yakın bir tehlike oluşturması halinde cezalandırılacağını belirtmiştir.

⁴³ Yücel SAYMAN: 40

- 2- sınırlamanın meşru bir amacı olmalıdır,
- 3- sınırlama demokratik toplumlarda gerekli olmalıdır.

2-Sınırlamanın Koşulları (Conditions of the Restriction)

a-sınırlama kanunla belirlenmiş olmalıdır (The Restriction must be prescribed by law)

Avrupa İnsan Hakları komisyonu, kanun kavramının maddi anlamını kullanarak, genel, soyut, objektif ve kişisel olmayan kuralları içeren işlemlerle bir hürriyetin sınırlanabileceğini belirtmektedir.⁴⁴ 10. madde anlamında bir kanundan bahsedebilmek için bu düzenlemelerin öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik koşullarını yerine getirmiş olması lazımdır. Yasal kurallarla ilgili olarak vatandaşların yeterli bilgi sahibi olması ulaşılabilirlik açısından gereklidir. Kişiler kendilerine uygulanacak hukuk kuralının sonuçlarını önceden bilebiliyorlarsa öngörülebilirlik koşulu da yerine getirilmiş demektir.

b-sınırlamanın meşru bir amacı olmalıdır (The restriction must have a legitimate aim)

İfade hürriyetinin devletin ve kamusal menfaatlerin korunması ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu düzeni gibi sınırlama sebeplerinin içerikleri kolay tespit edilememektedir. Bu yüzden bu amaçla yapılan sınırlamaların istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği belirtilmektedir.⁴⁵

Mahkeme başkalarının şöhret veya haklarının korunması hususunu politikacılarla yönelik siyasi eleştiri durumlarında biraz daha esnek ele almaktadır. Bu gibi durumlarda ifade hürriyetini daha geniş yorumlamaktadır.⁴⁶

c- sınırlama demokratik toplumlarda gerekli olmalıdır (The restriction must be necessary in a democratic society)

Mahkeme içtihadında “gerekli” sözcüğü “sıkıştıran bir toplumsal gereksinim” ifade eder. Başka bir deyişle hak ve özgürlüğe müdahale, 2. fıkrada belirlenen amaçlardan biri veya bir kaç bakımından “sıkıştıran bir toplumsal gereksinim”e cevap teşkil edecek nitelikte olmalıdır.⁴⁷ Mahkemeye göre bu zorlayıcı toplumsal gereksinimin tayin ve takdiri ulusal mercilere aittir; uluslar arası yargıcın bu konudaki yetkisi ikincildir.⁴⁸ Zorlayıcı toplumsal gereksinimin varlığı soyut kurallarla bağlı değildir. Her somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılacaktır. Sınırlama amacı ile araç arasında makul bir dengenin varlığı, ifadenin yapıldığı ortam, sınırlamaya konu olan ifadenin niteliği gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır.

⁴⁴ Reyhan SUNAY: 98

⁴⁵ Reyhan SUNAY: 65

⁴⁶ Bkz. Lings/Avusturya karar. Vahit BIÇAK: 128

⁴⁷ AİHM, Observerve Guardian/İngiltere, 26/11/1991, A 216, § 71

⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ: 378: “10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen anlamda “zaruri” sıfatı “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamındadır. Akit devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirmesi konusunda belli bir marja sahiptir. ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler dahil olmak üzere, tabii olduğu yasama ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır.” Vahit BIÇAK: 318

Demokratik toplum kavramından ne anlaşılması gerektiğini de tespit etmek gerekmektedir. Bu kavramının unsurları sözleşme kurumları tarafından içtihat yoluyla belirlenmiştir. Demokratik toplumu belirleyen unsurların çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹ “Demokratik toplum düzeni” norm uygulayıcısına, burada müdahalenin ölçülülüğü anlamında bir değerler dengelemesini yapmasının zorunluluğunu hatırlatmaktadır.⁵⁰ 1960lı yıllarda Alman Federal Anayasa Mahkemesi ölçülülüğün bir tanımını yapmıştır. Buna göre “yasa koyucu tarafından kullanılan aracın, istenilen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması gerekir. Araç istenilen sonuca varılmasına yardımcı olabiliyorsa, elverişlidir. Yasa koyucu aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamıyorsa araç gereklidir.”⁵¹

AİHM ifade hürriyetinin kısıtlanmasını denetlerken Amerikan Yüksek Mahkemesince geliştirilen “açık ve yakın tehlike” kıtasına benzer bir yaklaşım sergilenmektedir. Bu kıtasına göre bir düşünce açıklamasının sınırlanabilmesi için ifadenin şiddet içermesi, suçu övmesi, şiddete teşvik ve tahrik etmesi gerekmektedir. Ancak her şiddete tahrik ve teşvik de cezalandırılmamaktadır. Bu açıklamaların sonucunda hukuka aykırı bir eylem gerçekleşmeli veya gerçekleşme tehlikesinin ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olması gerekir.⁵²

III- HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU

(The Article 216/1 of Turkish Penal Code) (The Crime of provocation of hatred and hostility among people)

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının üçüncü kısmının beşinci bölümü “kamu barışına karşı suçlar” a ayrılmıştır. İnceleme konumuz olan 216. maddede “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik”(216/1), “Halkın Bir Kesimini Aşağılama”(m. 216/2), “Dini Değerleri Aşağılama”(216/3) olmak üzere üç farklı suç tipi düzenlenmiştir. Biz incelememizde sadece birinci fıkrada düzenlenen suç tipini ele alacağız.

1-Korunan Hukuki Değer (Protected Legal Value)

Bu suçla öзде, bölüm başlığından da anlaşılacağı gibi, kamu barışı korunmak istenmiştir. Kamu barışı, bireyler arasındaki ilişkilerde, hukukun egemen olduğu toplum düzeni olarak anlaşılmalıdır.⁵³ Bir başka yazar ise “sosyal hayatın muntazam gidişi, daha iyi görünüşü ve vatandaşın uyumlu huzur içinde yaşaması” olarak tanımlamaktadır.⁵⁴ Kamu barışı; kamu güvenliğinden daha geniş, kamu düzeni kavramından ise daha dar bir manaya sahiptir.⁵⁵ Ekonomik düzene, hürriyet aleyhine

⁴⁹ Reyhan SUNAY: 86

⁵⁰ Rumpf CHRISTIAN: “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, cilt 10, yıl 1993, 31

⁵¹ BverfGE 30, sh. 292 vd.'den naklen, Rumpf CHRISTIAN: 33

⁵² M. Bedri ERYILMAZ: 257

⁵³ Ahmet GÖKÇEN: “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc 26.12.2005

⁵⁴ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2005), 438

⁵⁵ Ahmet GÖKÇEN: “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”

gibi suçlar da aslında kamu barışını ihlal ederler. Ancak bu gibi suçlar kamu barışının özel bir yönünün tehdididir. Bu bölümde düzenlenen suçlar ise kamu barışının tümünü ihlal etmektedir.⁵⁶

Bu madde ile korunan hukuki değer devlet düzeni olmayıp kamu düzenidir.⁵⁷ Bu yüzden devlet idaresi aleyhine işlenen fiiller bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak Yargıtay vermiş olduğu birçok kararında “kamu” kavramından “devlet”i anlamış, failin devlet idaresi aleyhine işlediği fiilleri bu madde kapsamında değerlendirmiştir.⁵⁸

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının beşinci babı “amme nizamı aleyhine cürümler” başlığını taşımaktaydı. Bu yüzden 765 sayılı kanun daha geniş bir koruma sağladığını söyleyebiliriz. 216/1. madde ise “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike” aradığı için koruma alanı daraltmış, ifade hürriyetinin kullanım alanı ise genişlemiştir.

2-Suçun Maddî Unsuru (Corpus Delicti)

Bu suç ani bir suçtur. Suç, halkı kin ve düşmanlığa tahrik eyleminin yapıldığı yer ve zamanda gerçekleşmiş sayılır.⁵⁹ Suç halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesiyle işlenir. Ancak suçun oluşması için tahrikin yapılması yeterli değildir. Tahrikin neticesinde “kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike oluşması” gerekmektedir.

Kin, öç almayı amaçlayan gizli düşmanlık, garez⁶⁰; düşmanlık ise birinin kötülüğünü istemek, ona zarar vermeye çalışmak halî, hasımlık⁶¹ olarak tanımlanmıştır. İfade hürriyetinin bir vechesi de açıkladığınız fikir ve düşüncelere taraftar bulmak için bu fikir ve düşüncelerin propagandasını yapmaktır. Propagandanın doğal sonucu olarak siz aslında birbirine karşıt iki grup oluşturunuz. Bu durum bile ifade hürriyeti içinde mütalaa edilir. Cezalandırılan husus ise bu ayrımın kin ve düşmanlık seviyesine çıkarılmasıdır.⁶² Bu bakımdan sadece şiddet içeren veya şiddeti tahrik ve

⁵⁶ Faruk EREM: Ceza Hukuku Hususi Hükümler, cilt 1, (Ankara, 1968), 482-483; bkz. Faruk EREM/Nevzat TOROSLU: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2000), 225

⁵⁷ F.Hüsnü ERDEM: “Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni”, AÜHFD, cilt 52, sayı 1, yıl 2003, 58

⁵⁸ “Düşmanlığa tahrik fiillerinin milli bayram sayılan bir günde, kalabalık insan topluluğuna ve buna bağlı olarak yığın ruhiyatı bakımından herkesin heyecan içinde olduğu bir ortamda işlenmesi dolayısıyla doğrudan doğruya devletin güvenliğini ilgilendirdiğine şüphe yoktur.” Yargıtay 9. CD. 18.06.1974, E.1974/2, K. 1974/2 (Dialog Prestige Yargıtay Kararları CD’si)

⁵⁹ Erol CİHAN: 184

⁶⁰ Türk Dil Kurumu: 1325

⁶¹ Türk Dil Kurumu: 658

⁶² “İfade hürriyeti yalnızca onaylanan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun fark etmeyen “bilgi” ya da “düşünceler” için değil; toplumun bir kesimi için hoşça götmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, “demokratik toplum”un onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir.” (ZANA / TÜRKİYE DAVASI 25 Kasım 1997); Ersan ŞEN: “Türk Ceza Kanunu’nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine”, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi, cilt IV, sayı 1-2, yıl 2000, 23

teşvik eden ifadeler bu madde kapsamında değerlendirilip cezalandırılacaktır.⁶³ Burada şunu da belirtelim ki fiilin suç teşkil etmesi için yalnızca kine veya yalnızca düşmanlığa tahrik yeterli değildir. Tahrik, hem kine hem de düşmanlığa sevk edecek nitelikte olmalıdır.⁶⁴

Sınıf tabirinden, ülkede yaşayan ve benzer özelliklere sahip insanların oluşturdukları tabii grupların yanı sıra kalıtsal özelliklerinden kaynaklanan etnik grupları da anlamak gerekmektedir.⁶⁵ Ancak iradi birliklilikleri bu kapsamda değerlendiremeyiz.⁶⁶

Din ve mezhep terimleri her türlü dini ve mezhebi kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.⁶⁷

İrk derken “genetik bakımdan şartlandırılmış, oldukça sabit olarak kuşaktan kuşağa geçen beden karakterlerinin toplamı” anlaşılmalıdır.⁶⁸

Bölgeden maksat sadece idari bölünme değildir. Bu tabir daha geniş veya daha dar bir coğrafi yöreyi ifade edebilir.⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.10.1998 tarihli kararında bölgeyi, “idari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçası” olarak tanımlamıştır.⁷⁰

a- Aleniyet (Publicity)

Gerek 4744 sayılı kanunla değişik ETCK 312/2, gerekse de TCK 216/1 madde bakımından suçun oluşabilmesi için “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” edecek ifadelerin alenen yapılması gerekmektedir.

Aleniyet şartının mahiyeti tartışmalıdır. Bazılarına göre aleniyet objektif cezalandırma şartı, bazılarına göre ise suçun bir unsurudur. SOYASLAN, eğer fail aleniyetin varlığını bilmiyorsa yani aleniyet açısından kastının olmaması halinde suçun oluşmayacağını, bu suretle de aleniyetin suçun bir unsuru olduğunu kabul etmektedir.⁷¹ GÖKÇEN de fiilin ancak aleni yapılması ile kamu düzeni açısından bir tehlike meydana geleceğini, fiilin tehlikelilik halinin cezalandırıldığına göre failin bu tehlike durumuna şamil olması gerekçesi ile aleniyetin suçun bir unsuru olduğu kanaatinde.⁷²

EREM/TOROSLU ise her hadisede aleniyet şartının aranacağı için aleniyetin objektif cezalandırma şartı olduğunu savunmaktadır.⁷³

⁶³ Ahmet GÖKÇEN: “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”

⁶⁴ Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, (Ankara, 2001), 128

⁶⁵ Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 233

⁶⁶ EREM: 490

⁶⁷ Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 233

⁶⁸ YCGK 15.3.2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30 (Kazancı Yargıtay Kararları CD’si)

⁶⁹ Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 233

⁷⁰ YCGK 27.10.1998, 8-247/335

⁷¹ Doğan SOYASLAN: 439

⁷² Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 197

⁷³ Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 226

Suçun unsuru, suçun varlığı için bulunması şart olan hususlardır.⁷⁴ Objektif cezalandırma şartları ise, fiilden önce gelmeyip, suçun bütün unsurlarıyla tamam olmasından sonra söz konusu olan ve o suçtan dolayı failin ceza görmesine imkân veren hususlardır.⁷⁵ Cezalandırma şartını ihtiva eden suçlarda, şart gerçekleşmedikçe faile hiçbir sıfatla ceza verilemez, unsurun gerçekleşmemesi halinde faile teşebbüsten dolayı ceza verilebilir.⁷⁶ Örneğin failin yanında sadece bir tek kişinin bulunduğu halde, evindeki odasında halkı kin ve düşmanlığa tahrik kastıyla bazı sözler sarf ettiğini varsayalım. Aleniyeti unsur sayarsak bu durumda faile teşebbüsten dolayı ceza vermek gerekecektir. Ancak aleniyeti objektif cezalandırma şartı saydığımızda faile ceza verilemeyecektir. AİHM Gerger/Türkiye davasında “başvurucunun mesajının sadece anma toplantısına katılan bir grup insana okunduğu ve bu sözlerin ulusal güvenlik, kamu düzeni veya bölgesel bütünlüğe yönelik potansiyel tehdit oluşturmada sınırlı olduğunu ileri sürmüş ve yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına” karar vermiştir.⁷⁷ Görüleceği gibi aleniyet unsuru gerçekleşse bile eğer sonuçta kamu barışı açısından açık ve yakın tehlike oluşmadıkça faile ceza verilemeyecektir. O zaman aleniyetin gerçekleşmemesi durumunda ise suç hiç oluşmayacaktır. Bu yüzden biz de aleniyetin objektif cezalandırma şartı olduğu kanaatindeyiz.

Aleniyetin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Herkesin gelip geçebildiği yol, meydan gibi yerler alenilik kavramının yer bakımından gerçekleşmesinde söz konusu olmaktadır. Bu yüzden örneğin gece vakti - aslında aleni bir yer olmasına karşılık- kimsenin olmadığı bir yolda halkı kin ve düşmanlığa tahrik edecek sözlerin söylenmesi bu suçun oluşumu için yeterli midir?

Aleniyet şartından bahsedebilmek için suçun müteaddit kimseler huzurunda işlenmesi gerekmektedir. Suçun oluşabilmesi için yer bakımından aleniliğin değil kişi bakımından aleniliğin aranması gerekmektedir. Bu bakımdan aleni olmayan ancak belirsiz bir kalabalığın olduğu yerlerde de bu suçun işlenebileceğini; buna karşılık aslında aleni olan ancak o esnada belirsiz bir kalabalığın olmadığı yerleri bu suçun işlenmesine uygun saymamak gerekir.⁷⁸ Yargıtay ise bir kararında fiilin başkaları tarafından görülüp işitilebilecek bir yerde işlenmesini tek başına aleniyetin gerçekleşmesi için yeterli saymıştır.⁷⁹

b- Kamu Barışı Açısından Açık ve Yakın Tehlikenin Olması (The existence of the clear and near Threat for the public peace)

Aleniyetin gerçekleşmesi de suçun oluşması için tek başına yeterli değildir. Ayrıca kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin doğması gerekmektedir.

⁷⁴ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN:312

⁷⁵ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN:316

⁷⁶ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN:321

⁷⁷ Gerger/Türkiye davası Süleyman DOST: 69

⁷⁸ Erol CİHAN: “Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu”. İÜHFM, cilt 36, sayı 1-4, yıl 1971, 173; EREM: 484; Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2005), 405; SOYASLAN: 439

⁷⁹ Yargıtay 9. CD. 18.06.1974. E.1974/2. K. 1974/2 (Dialog Prestige Yargıtay Kararları CD’si)

Açıklamaların sonucunda hukuka aykırı bir eylem gerçekleşmiş veya gerçekleşme tehlikesi ihtimali varsa bu kıstas gerçekleşmiştir. Açık ve yakın tehlikenin var olup olmadığı yasa koyucu tarafından önceden belli kurullarla soyut olarak değil, fakat uygulamada mahkemelerce saptanabilecek bir husustur.⁸⁰ Mahkemenin karar gerekçesinde açıklanan fikirlerin, hangi noktada kamu düzenini nasıl bozma tehlikesi içerdiğini gösteren somut delilleri göstermesi gerekmektedir.⁸¹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye baktığımızda: 1981 yılına kadar suçun oluşabilmesi için hareketin, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmesi şart koşulmuştu. 07.01.1981 tarihli ve 2370 sayılı kanununun 13. maddesi ile yapılan değişiklikten sonra fiilin umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmesi ağırlatıcı sebep haline getirilmiştir. Yani fiil umumun emniyeti için tehlikeli olmasa bile yine de cezalandırılacaktı. Görüldüğü gibi madde, bu hali ile soyut tehlike suçu haline gelmiş, maddenin kapsamı ifade hürriyeti aleyhine genişletilmişti.⁸² 19.02.2002 tarihli ve 4744 sayılı kanun ile suçun oluşması için yine fiilin "kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde yapılması" şartı getirilmiştir. Bu haliyle maddede bir iyileştirme yoluna gidilmiştir.

c- Somut Tehlike Suçu (Crime of Concrete Threat)

Maddede düzenlenen bu suç bir tehlike suçudur. Zira kanun koyucu, korunan hukuki yararın zarara uğramasını beklememekte, tehlikeye sokulması halinde de cezalandırmaktadır. Tehlike suçlarını soyut tehlike suçları ve somut tehlike suçları diye ikiye ayırabiliriz.

Soyut tehlike suçları kanun koyucunun suç tipinde tehlikeyi açıkça belirtmemesine rağmen, hareketin genel olarak tehlikeliliği değerlendirmesini yaptıracak ifadelerle suç tipini tanımladığı suçlardır.⁸³ Burada, suç sayılan hareketin genel olarak korunan hukuki yararı tehlikeye düşürmeye uygun ve elverişli olup olmadığına bakılır.⁸⁴ Somut tehlike suçları ise yasaklanan hareketin kanunun koruduğu hukuki menfaat bakımından bir tehlike meydana getirdiği suçlardır.⁸⁵

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi 216/1. maddede "kamu barışı açısından açık ve yakın tehlike" şartı arandığı için bu suç somut bir tehlike suçudur.

4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce ETCK 312. maddesinin soyut tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz.⁸⁶ Zira burada fiilin aleni yapılması tek başına cezalandırılmıştır. Bazı yazarlar ve Yargıtay ise 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikte suçun somut tehlike suçu haline geldiğini savunmaktadır.⁸⁷

⁸⁰ Erdoğan TEZİÇ: 37

⁸¹ Ayhan BEYDOĞAN: 322; Ahmet GÖKÇEN: "Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)"

⁸² Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 42

⁸³ Vesile Sonay DARAGENLİ: Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, 1998), 59

⁸⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 410

⁸⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 410

⁸⁶ Türkan Yalçın SANCAR: "Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı", AÜHF, cilt 52, sayı 1, yıl 2003, 98

⁸⁷ Türkan Yalçın SANCAR: 99; YCGK. 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206 (Kazancı Yargıtay Kararları CD'si)

Her ne kadar 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu maddede bir iyileştirme yapılmışsa da bu madde yine bir soyut tehlike suçu olarak kalmıştır. Yukarıda belirtmiştik: soyut tehlike suçlarında suç sayılan hareketin genel olarak korunan hukuki yararı tehlikeye düşürmeye uygun ve elverişli olup olmadığına bakılır. Yapılan değişiklikle de hareketin “kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek şekilde” işlenmesi cezalandırılmıştır. Yani hakim hareketi bir değerlendirmeye tabi tutacak, hareketi tehlike oluşturmak için elverişli bulursa cezaya hükmedecek, hareketin neticesinde bir tehlike oluşup oluşmadığına bakmayacaktır.

d- Fail (Subject)

Fail bir sosyal sınıfı diğer sosyal sınıf aleyhine kışkırtan kimsedir. Madde fail açısından herhangi bir özellik aramamıştır. Bu yüzden ceza sorumluluğu olan herkes fail olabilir.⁸⁸

Fail fiili söz ile işleyebileceği gibi bunun yanında diğer ifade araçları ile de işleyebilir, bu bakımdan suçun oluşması için kullanılacak aracın bir önemi yoktur. Örneğin yazı ile ya da çizilen bir karikatür ile de bu suçun işlenmesi mümkündür. Ancak suç basın-yayın yoluyla işlenmiş ise ceza yarı oranında artırılacaktır.

e- Mağdur (Mistreated)

Mağdur, tahrik edilen gruptan sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge bakımından farklı olan ve tahrik edilen grubun husumeti kendilerine yöneltilen halk kesimidir.⁸⁹ Kışkırtılan sınıfın mağdur sınıfın tamamına karşı kışkırtılması da gerekmez.⁹⁰ En az kaç kişinin halk kesimini teşkil edeceğine somut olayda hakim karar verecektir.⁹¹ Ancak bu grupların genel nüfus içerisinde belli bir yoğunluğa ulaşmış olmaları gerekir.

3- Suçun Manevi Unsuru

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenemez.⁹² Fail halkı kin ve düşmanlığa sevk etmek amacıyla hareket ettiği için bu suç ancak özel kastla işlenebilir.

Gerek AİHM ve gerekse de Yargıtay failin kastını belirlerken açıklanan ifadenin bir bütün olarak değerlendirileceğini istikrar arz eden kararlarında belirtmiştir.⁹³

4- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a- Teşebbüs (Attempt)

Yukarıda bahsetmiştik bu maddede düzenlenen suç bir tehlike suçudur. Tehlike suçları, eğer ortada bölünebilen bir hareket var ise teşebbüse müsaittir.⁹⁴ Tehlike

⁸⁸ Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 71

⁸⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 389

⁹⁰ Doğan SOYASLAN: 446

⁹¹ Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 73

⁹² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 423

⁹³ “Kitaptaki yazılar ile sanığın önsözü ve dipnotları bütünüyle incelenip değerlendirildiğinde...” Yargıtay 9. CD. 20.12.1978, E. 1978/3823, K. 1978/4806; “Dava konusu “Cinayeti gördük” başlıklı yazı bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde...” Yargıtay 9. CD. 1.3.1993, E. 1992/11256, K. 1993/1066 (Kazancı Yargıtay Kararları CD’si)

suçlarına tam teşebbüsün mümkün olmadığı, buna karşılık eksik teşebbüsün⁹⁵ mümkün olduğu savunulmaktadır.⁹⁶

Kanımızca halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ne eksik teşebbüs ne de tam teşebbüs mümkündür. Yeni ceza kanuna göre söyleyecek olursak bu suç teşebbüse müsait bir suç değildir. Örneğin halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmeye çalışan bir kimse konuşmaya başlasa, bu esnada bir başka kimse bu kimsenin konuşmasına engel olsa; bu yazarlara göre teşebbüs aşamasında kalmış “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçundan faile ceza vermek gerekecektir. Fail icra hareketlerini tamamlasa ancak kamu barışı için açık ve yakın tehlike oluşmasa bu durumda faile ceza verilmeyecektir. Bu yüzden icra hareketleri yarım kaldığında faile hiç ceza vermemek yani onu teşebbüs aşamasında kalmış suçtan sorumlu tutmamak gerekecektir.⁹⁷

b- İştirak (Partnership)

Bu suç tek başına işlenebilen bir suç olduğu gibi birden fazla kimseler tarafından da işlenebilir. Bu yüzden iştirake uygun bir suçtur.⁹⁸ Fail geniş bir halk kesimine yönelik bir konuşma yapsın. Failin yanında bulunan yardımcısı da halkı galeyana getirmek için mikrofondan halkın faili alkışlamasını veya faile tezahürat yapmasını telkin etsin. İşte yapılan tüm bu hareketlerden dolayı bu yardımcısı da bu suça iştiraktan sorumlu tutmak gerekecektir.

c- İçtima (Assemblage)

Bu suç zincirleme suç şeklinde de işlenebilir.⁹⁹ Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında yapılan hareketler de bir suç sayılacaktır. Örneğin fail peş peşe üç gün boyunca televizyonda halkın bir kesimini diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa sevk edecek konuşmalar yapsa, yaptığı her konuşma için ayrı ayrı cezalandırılmayacak, tek bir suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak 216/1. maddedeki suçun cezası dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır (TCK md. 43/1).

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek amacıyla yapılan açıklamalar aynı zamanda suç işlemeye tahrik edecek nitelikte olursa burada fikri içtima kurallarını uygulamak gerekecektir (TCK md. 44). Buna göre fail cezası daha ağır olan suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

5- Cezası (Sanction)

216/1. maddede düzenlenen suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 312/2. maddede de suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası idi.

⁹⁴ Doğan SOYASLAN: Teşebbüs Suçu, (Ankara, 1994), 205; GÖKÇEN de icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa ve neticeye engel olan sebep, icra hareketleri yapılırken ancak henüz bitmeden ortaya çıkmışsa bu durumda failin eksik teşebbüsten cezalandırılabileceği görüşündedir. Bkz. Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin Düşmanlığa..., 299

⁹⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu eksik ve tam teşebbüs ayrımını kaldırmıştır. Bunun yerine sadece suça teşebbüs düzenlenmiş ve asıl cezadan yapılacak indirim aralığı geniş tutularak hakime takdir hakkı tanımıştır.

⁹⁶ Vesile Sonay DARAGENLİ: 74

⁹⁷ Aksi görüş için bkz. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 424

⁹⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 425

⁹⁹ Erol CİHAN: 185

Yeni Ceza kanununda failin lehine bir düzenlemenin yapıp yapılmadığı tartışılmalıdır. Ceza miktarlarına bakınca herhangi bir değişikliğin yapılmadığını görmekteyiz. Daha önce de belirtmiştik: 216. maddedeki suçun oluşması için açık ve yakın tehlikenin olması gerekmektedir. Eski Ceza Kanununun 312/2 maddesinde 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra açık ve yakın tehlike şartının yazmamasına rağmen, gerek doktrinde gerekse de bazı Yargıtay kararlarında, aslında maddede bu şartın arandığı belirtilmekteydi. Yani buradaki suç artık bir somut tehlike suçu haline gelmiştir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.03.2005 tarihinde verdiği kararında suçun oluşması için soyut tehlikenin yeterli olacağını açıkça belirtmiştir.¹⁰⁰

Diyebiliriz ki her ne kadar suçun cezası değişmemiş olsa da yeni kanunda suçun unsurlarında fail lehine bir düzenleme yapılmıştır. Bu yüzden 765 sayılı ceza kanunu döneminde işlenen suçlar hakkında, TCK 7. madde gereğince yeniden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

SONUÇ (Conclusion)

İfade hürriyeti demokratik toplumların olmazsa olmaz şartıdır. Çünkü ifade hürriyeti sayesinde yanlışlar ortaya çıkacak, çözüm getirmedigine inanılan fikir ve yöntemler yenileri ile değiştirilecektir. AİHM de bu hürriyete verdiği önemi göstermek için 1998 yılındaki yapılanmadan sonra, ilk kararını bu konuda vermiştir.

İfade hürriyetinin unsurları bilgilenme hakkı, kanaat edinme hürriyeti, fikir ve kanaatlerin açıklanması hürriyeti olmak üzere üç tanedir. Buna göre haber ve fikirler serbestçe öğrenilecek(bilgilenme), daha sonra bu bilgiler kişinin kendi iç dünyasında yoğrulacak ve kişi bunlar hakkında bir kanaate ulaşacak(kanaat edinme), en sonunda ulaşılan bu kanaatler dış dünyaya aktarılacaktır(fikir ve kanaatlerin açıklanması).

Bilgilenme hakkı ifade hürriyetinin ilk ayağını oluşturur. Günümüzde bu hakkın etkin biçimde kullanılabilmesi bakımından yazılı ve görsel basın önemli bir işlevi vardır. Bu yüzden basın hürriyetine demokratik rejimlerin ayrı bir önem göstermesi gerekmektedir. İkinci ayağı ise kişinin edindiği bilgiler hakkında bir yargıya ulaşmasını simgeleyen kanaat edinme hürriyeti oluşturur. Kanaat edinme kişinin iç dünyasına yönelik olduğu için mutlak bir korunmaya sahiptir. Öyle ki olağanüstü yönetim dönemlerinde bile bu hürriyet kısıtlanamaz. Üçüncü ayağı ise ifade hürriyetinin esas anlamını bulduğu fikir ve kanaatlerin açıklanması oluşturur. İşte bu aşamadan sonra hukuk düzeni bu hürriyetle ilgilenmeye başlar.

Önemli bir hürriyet olmasına rağmen bu hürriyet de diğer hürriyetler gibi kısıtlanabilir. Bu hürriyete yapılacak kısıtlamalar 1- kanunla belirtilmiş olmalı 2- sınırlama meşru bir amaca dayanmalı 3- sınırlama demokratik toplumlarda gerekli olmalıdır. Bu üç şart aynı anda yerine getirilmek şartıyla ifade hürriyetine bir sınırlama getirilebilir.

¹⁰⁰ YCGK 15.03.2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30 (Kazancı Yargıtay Kararları CD'si)

İç hukukumuzda ifade hürriyetine getirilen sınırlamalardan biri de TCK 216/1 maddesidir. Bu madde 765 sayılı eski TCK'nin 312/2 maddeye karşılık gelmektedir. Bu madde eski kanun döneminde düşüncüyü kısıtladığı yönünde eleştirilere maruz kalmış ve bunun sonunda birçok kereler değişikliğe uğramıştır. Maddede yazılı olan suçun oluşması için fiilin umurun emniyeti için tehlikeli olması gerekli idi. Ancak 1981 yılında yapılan değişiklikle bu şart suçun oluşması için aranmamış; eğer fiil umurun emniyeti için tehlike arz ederse bu ağırlatıcı bir sebep sayılmıştır. İşte bu yüzden dolayı değişiklikten sonra suçun "soyut tehlike suçu" haline geldiği kabul edilmiştir. 2002 yılında Uyum Yasaları çerçevesinde 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle "kamu düzeni için tehlikeli olabileme" şartı tekrardan suçun oluşması için gerekli hale getirilmiştir. Bu sayede suçun demokratik toplumlardaki düzenlemelere paralel olarak "somut tehlike suçu" haline getirildiği belirtilmiştir.

Her ne kadar 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bir iyileştirmeye gidilmişse de kanaatimizce bu yeterli olmamıştı. Zira açıklanan ifade "kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek şekilde" işlenirse cezalandırılacaktır. Yani somut olayda kamu güvenliği açısından "açık ve yakın tehlike" oluşmasa bile sırf eylemin elverişliliği nedeniyle faile ceza verilebilecektir.

Yeni TCK ise suçun oluşması için "açık ve yakın tehlike" şartını aramakla bu tartışmalara son vermiştir. Artık eylem tek başına değerlendirildiğinde kamu güvenliği için tehlikeli sayılsa bile, somut olayda böyle bir tehlike meydana gelmemişse cezalandırılma yoluna gidilemeyecektir. Bu tarz bir düzenlemeyle AİHM kararlarında belirtilen şartlara uyum sağlandığını açıkça söyleyebiliriz. Suç tipinde yapılan bir diğer iyileştirme ise eski 312/2 maddede korunan hukuki değer "kamu düzeni" iken; 216/1 maddede korunan hukuki değer "kamu barışıdır". Kamu barışı, kamu düzeninden daha dar bir manaya sahip olduğu için 216/1 madde ifade hürriyetinin kullanım alanını genişletmiş, korunması gereken alanı ifade hürriyeti lehine daraltmıştır.

Bu suç tipinde yapılan değişiklikler olumlu olmuştur. Ancak esas görev yargıya düşmektedir. Zira açıklanan ifadeleri her somut olayda değerlendirecek olan hâkim ve savcılardır. Kanun uygulayıcısı hâkim ve savcılarımızın maddeyi yorumlarken özgürlükleri daraltıcı değil; onları koruyucu bir tutum izlemeleri maddede yapılan değişikliklerin anlam bulmasında önemli rol oynayacaktır.

KAYNAKLAR (Bibliography)

- ALACA KAPTAN Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türkiye Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, cilt 2, Ankara, 2000
- ARTUK Mehmet Emin/A.GÖKÇEN/C. YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005
- AYDIN Öykü Didem, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku Amerika Birleşik Devletleri Örneği, cilt 1, Ankara, 2004
- BEYDOĞAN Ayhan, Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003
- BIÇAK Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Ankara, 2002
- CHRISTIAN Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, cilt 10, yıl 1993
- CİHAN Erol, “Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu”, İÜHFMD, cilt 36, sayı 1-4, yıl 1971
- DARAGENLİ Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998
- DOST Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Denetim Organlarının İçtihatlarına Göre İfade Özgürlüğü ve Türkiye, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2001
- DÖNMEZER Sulhi/ S. ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt 2, İstanbul, 1999
- EREM Faruk, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, cilt 1, Ankara, 1968
- EREM Faruk /N.TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2000
- ERYILMAZ M. Bedri, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku”, Ankara Barosu Dergisi, sayı 2001-1
- GÖKÇEN Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara, 2001
- GÖKÇEN Ahmet, “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc 26.12.2005
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ F. GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2004
- KAYAÇAĞLAYAN Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi Çerçevesinde “İfade Hürriyeti” ve 1982 Anayasası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001

- ÖZEK Çetin, “Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı”, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, 1999
- SANCAR Türkan Yalçın, “Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, AÜHFD, cilt 52, sayı 1, yıl 2003
- SAYMAN Yücel, “Anayasa Tasarısında Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü”, İktisat Dergisi, sayı 396, Aralık 1999
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005
- SOYASLAN Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994
- SUNAY Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 1999
- ŞEN Ersan, “Türk Ceza Kanunu’nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt IV, sayı 1-2, yıl 2000
- TEZİÇ Erdoğan, “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, cilt 7, yıl 1990
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, cilt 1, Ankara, 1998

DİĞER KAYNAKLAR

Dialog Prestige Yargıtay Kararları CD’si

Kazancı Yargıtay Kararları CD’si

www.yargitay.gov.tr 15.08.2005

<http://www.tuba.gov.tr/duyurugoster.php?yil=94&duyuru=1>, 05.09.2005

<http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm>