

# TÜRK CEZA KANUNU M. 301'İN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ: AIHM'İN AKÇAM KARARI NELER DÜŞÜNDÜRÜYOR?

Araş. Gör. Tuba Kelep\*

*"İnsanların düşünce farklılıkları göstermesi rahmettir" \*\**

## Giriş

Şeref ve saygılığa saldırı teşkil eden fiillerin suç olarak düzenlenmesindeki esas amaç çoğu zaman kişilerin şeref ve saygılıklarının koruma altına alınmasıdır. Bazı durumlarda ise, kanun koyucunun iradesi varlıkları olmazsa olmaz olarak görülen kurum ve değerlerin korunması yönünde bir takım suç tipleri öngörülmesi şeklinde tezahür etmektedir<sup>1</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının dördüncü kısmının "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygılığına Karşı Suçlar" adlı üçüncü bölümünde<sup>2</sup> yer alan "*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni, Devletin kurum ve organlarına aşığılama*" başlıklı m. 301<sup>3</sup>'de de, kişilerin onur ve saygılıklarını korumaya

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı  
\*\* Ziya Paşa'nın "İhtilafı Ümmetin Rahmetun" adlı makalesinin Türkçeleştirilmiş adıdır. Makale için bkz; Ziya Paşa, **İnsanların Düşünce Farklılıkları Göstermesi Rahmettir**, in: Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Ed. Bekir Berat Özipek, Cantekin Matbaası, Ağustos 2003, s.99-106.

1 Bunlardan ilkinin "genel tahkir suçları" ikincisini ise "özel tahkir suçları" şeklinde nitelendiren görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz; Sahir Erman, **Hakaret ve Sövme Suçları**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul, 1989, s. 3; Tarık Senkeri, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s.10-12; Ayhan Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, 1994, s. 229. Nitekim buna ilişkin suçların varlık sebebi olarak doktrinde şu söylenmektedir: "*Nasıl kişiler vakar, şöret, şeref ve haysiyetlerine yönelik tahkir ve tezyif edici saldırılara karşı CEZAİ korumaya layık görünmüşlerse, Anayasal kuruluşlar da paralel bir korumaya sahip olmalıdırlar*"(Yağız Ali Dağlı, **TCK 159. Madde Kapsamında İfade Özgürlüğü**, in: İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003, s.156).

2 Şen, Üçüncü Bölüm Başlığı'nın madde başlığını kapsamadığını belirtmekte ve maddede yer alan değerlerin "Devletin Egemenlik Alameti" olarak sayıldığına, ancak madde metninde 30.04.2008 tarihli ve 5759 sayılı Kanunla (RG. 8 Mayıs 2008/26870) getirilen değişiklik öncesinde yer alan "Türklük" ifadesinin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde egemenliğin Türk milletine ait olmasından ve ayrıca kavramın devletin yürütme, yasa ya da yargı organlarından birini de temsil etmemesinden ötürü bu kavramı dışladığına işaret etmiştir. Yazar tarafından madde metnine önerilen başlık ise "Millete, Devletin Egemenlik Alametleri ile Organlarının Saygılığına Karşı Suçlar"dır. (Ersan Şen, **Türk Ceza Kanunu Madde 301**, CHD, y: 2, sy: 3, Nisan 2007, s. 8). Ancak kanaatimizce Türklük kavramının Türk Milleti kavramından daha geniş ve onu da kapsayıcı bir kavram olarak ele alınması gerekmektedir. Türk Milletini ise Devletin egemenlik alametleri içerisinde de saymak mümkün olmadığından, söz konusu eleştirinin düzenlemenin değişmesinden sonra da ortadan kalkmadığını belirtmek gerekmektedir.

3 Madde metni şu şekildedir;

yönelmiş hakaret fiillerinden farklı olarak, başka bazı değerler bakımından bir koruma getirildiği görülmektedir. Madde, Kanun'un yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden sonra bir defa değişikliğe uğramış ve en çok eleştiriye uğrayan hükümlerinden biri olmuştur. Şüphesiz, maddenin eleştirilere hedef olmasının en önemli nedenlerinden biri olarak söz konusu hükmün ifade özgürlüğü ile yakından temas içinde olması gösterilebilir. Bu bağlamda çalışmamızda, TCK m. 301 suç sistematigi içerisinde incelenmeye çalışılacak, bunun yanında suçun unsurları dışında kalan hususlar olarak kusurluluk, suçun özel görünüş biçimleri, soruşturma şartına da değinilecektir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, hükmün en tartışmalı noktalarından birini teşkil eden ifade özgürlüğü ile olan bağlantı daha ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

### I. Suçla Korunan Hukuki Değer

İnceleme konumuzu oluşturan suçun suç teorisi bakımından irdelemeye geçmeden önce, ilk olarak suçla korunan hukuki değer ne olduğunu tespit etmek gerektiği kanaatindeyiz. TCK m. 301 ile korunan hukuki değer tespit edilmesi ayrı bir önemi haizdir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, suç ile korunan hukuki değer tespitinde, şüphesiz ilgili suçun yer aldığı bölüm başlığının yorumlanması da bir araç olarak görülebilir. Gerçekten de belirtmek gerekir ki, suçun koruması kapsamında olan hukuki değer, maddede yer verilen organlar, kurumlar ve bunlar yanında Türk Milleti ve Türkiye Cumhuriyeti'nin saygınlığıdır. Devletin Millet ve siyasi iktidar unsurlarından oluştuğu göz önüne alınacak olursa, suç ile korunan hukuki değer devlet iktidarının şeref ve haysiyeti olduğu söylenebilir<sup>4</sup>. Ancak bu suç tipi ile korunan hukuki değer tespit bakımından genel olarak doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi maddede yer verilen değerlerin "kutsal" sayılarak bunlarla ilgili eleştiri niteliğinde düşünce açıklamalarının dahi yapılamayacağını belirtir<sup>5</sup>. Gerçekten de m. 301'de yer verilen değerlerin ulusal veya milliyetçi bir siyasal ideolojiden kaynaklanarak ve dinsel ya da etnik azınlık sorunları ile şekillenen Anayasal düzenin ideolojik algısı ile belirlenen "kutsallar" olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Kanaatimizce, TCK m. 301'de yer alan kavram ve kurumların korunması ile korunan hukuki değer bunların kutsallığı olamaz. Zira, bu kavramları "kutsal" olarak addetmek bize göre çağdaş bir ceza hukuku anlayışı ile bağdaşır nite-

#### Madde 301- (Değişik: 30/4/2008-5759/1 md.)

- (1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılır.
- (3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
- (4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır
- <sup>4</sup> Mahmut Koca, **Türk Ceza Kanunu'nun 159. Maddesi Üzerine Bir İnceleme**, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 438. Yargıtay, bu suç tipi ile korunmak istenen *"Bu hükmün, Devletin siyasal ve hukuki varlığını ve aynı doğrultudaki yararlarını koruduğunda kuşku yoktur"* şeklinde ifade etmektedir. (YCGK E. 1995/9-127, K. 1995/157, 22.5.1995). (**Kazancı Bilgi Bankası**) Mülga TCK'da yer alan m. 159 bağlamında da TCK m. 301'dekine benzer bir hüküm yer almaktaydı. Burada da korunan hukuki değer maddede yer verilen kurumların prestij, otorite ve etkinlikleri olarak belirlenmekteydi. Buna göre bu korunan değerler zarar görürse bu kurumların işlevlerinin ulviliği hakkındaki şuur zaafa uğrayacaktı. (Dağlı, **a.g.m.**, s. 153.)
- <sup>5</sup> Senkeri, **a.g.e.**, s.31.
- <sup>6</sup> Osman Can, **"Kutsallar" ve Düşünce Özgürlüğü-TCK 301. Madde**, CHD, sy: 5, Aralık 2007, s. 322.

likte değildir. Bu nedenle, korunan hukuki değer "ilgili değer ve kurumların saygınlığı" veya bunların "fonksiyonları ile ilişkili ve sınırlı olarak saygınlığı" olduğunu söyleyen diğer iki görüşe de yer vermek gerekmektedir<sup>7</sup>. Bunlardan ilki korunan hukuki değeri, değer ve kurumların "saygınlığı" olarak görmekte; bir diğeri ise, demokratik ve yaygın bir anlayış olarak nitelendirilmekle birlikte, korunan "saygınlığın" ancak bu değer ve kurumların işlevleri ile sınırlı bir saygınlık olduğunu ileri sürmektedir<sup>8</sup>. Dolayısıyla, korumanın temelinde, belirtilen değer ve kurumların otoritelerinin sarsılmaması ve bu değer ve kurumları kuşatan saygınlığın devamı yatmakta, bununla birlikte dolaylı olarak bizi bu değer ve kurumların korunması da amaçlanmaktadır<sup>9</sup>.

Kanaatimizce, korunmak istenen hukuki değer, maddede yer verilen değer ve kurumların saygınlıklarının, onların işlevleri ile sınırlı olarak korunması olarak belirlenmesi, korumanın kapsamının daraltılması bakımından daha makul görünmektedir. Zira özellikle kurumlar bakımından, maddenin koruma kapsamına alınan, kurumun fiziksel olarak korunması değil, kurumun temsil ettiği değerlerin korunması olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>10</sup>. Bunun tespit edilmesinde kurum veya değer işlevinin göz önüne alınması ise, bize göre daha daraltıcı bir yorum metodudur ve dolayısıyla böyle kritik bir suç tipinin uygulama alanını sınırlandırıcı nitelikte bir pratiği sağlayacaktır.

## **II. Suçun Unsurları**

### **A. Maddi Unsurlar**

#### **1. Fail ve Mağdur**

Fail bakımından özel bir niteliğin kanunda öngörüldüğü suçlar, özgü suç olarak adlandırılırlar ve yalnızca kanunda belirtilen niteliği haiz kişiler tarafından işlenebilirler. Bu suç bakımından ise, failin belirli bir özellik taşıması gerekmediği için suç, özgü bir suç değildir. Dolayısıyla suçun faili herkes olabilir. Madde metninde yer alan "aşağılayan kişi" ifadesi de buna işaret etmektedir<sup>11</sup>.

Suçun mağduru bakımından söylenebilecek ise, bu suç her ne kadar devletin güvenliğine karşı suçlar arasında düzenlenmiş olsa da, suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceğinden hareketle, devletin suç mağduru

<sup>7</sup> Senkeri, **a.g.e.**, s. 31.

<sup>8</sup> Senkeri, **a.g.e.**, s. 31; Koca, **a.g.m.**, s. 443; Fatih Selami Mahmutoğlu, **TCK'nın 301. Maddesini Tartışırken**, Hukuki Perspektifler Dergisi, sy: 8, Eylül 2006, s. 6.

<sup>9</sup> Türkan Yalçın Sancar, "**Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini**" **Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 65; Senkeri, **a.g.e.**, s. 34. Ancak belirtmek gerekir ki, yer verilen kurumlar bizi bu suçta korunan hukuki değer olarak nitelendirilemez. Zira bunlar kanaatimizce suçun konusunu oluşturmaktadır. Bu açıdan Artuk'un kurumları da suçla korunan hukuki değer kategorisinde ele alan görüşüne iştirak etmiyoruz. (Mehmet Emin Artuk, **Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c: IV, sy: 1, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2007, s.15.)

<sup>10</sup> Böylelikle, maddede yer verilen her bir değer ve kurumun ifade ettiği anlamın ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir. Zira bu husus bunlar açısından korunan hukuki değer belirlenmesinde önem arz etmektedir. Buna göre maddede yer verilen değerler ve kurumlar şu şekilde belirlenmiştir; Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları ve Devletin askeri ve emniyet teşkilatı. Bu değer ve kurumların söz konusu suç bakımından neyi ifade ettikleri ise aşağıda suçun konusu ile ilgili olarak tartışılacaktır.

<sup>11</sup> Artuk, **a.g.m.**, s. 21.

olamayacağıdır. Dolayısıyla bu suçun mağduru toplumu oluşturan tüm bireyler şeklinde ifade edilebilir.

## 2. Fiil

Suçun tipik hareketini maddede yer verilen değer ve kurumların alenen aşağılanması oluşturmaktadır. Bu açıdan aşağılama hareketinin neyi ifade ettiğinin belirlenmesi yanında aleniyet bakımından da bir tespit yapılması gerekmektedir.

Aşağılama, hakaret fiilinin gerçek kişiler dışındaki değer ve kurumlara yöneltilmesi olarak yorumlanabilir. Nitekim madde gerekçesinde de bu durum ifade edilmiş, hakaretin sadece gerçek kişilere karşı işlenebilecek bir suç olması nedeniyle, TCK'da çeşitli suç tanımlarında kurum ve kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramına yer verildiği belirtilmiştir<sup>12</sup>. Madde gerekçesinde aşağılama ifadesi "suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan ibaret" hareketler şeklinde tarif edilmiştir<sup>13</sup>.

Hakaret suçları bakımından aleniyet, sayısı belli olmayan kişilerce hakaret oluşturan sözün duyulmasına olanak tanyacak herhangi bir araç kullanılarak suçun işlenmesini ifade etmektedir<sup>14</sup>. Bu bağlamda aşağılamanın kamuya yayılması ile aleniyet şartını kabul etmek gerekeceği söylenmekte ve dolayısıyla fiilin genel ya da kamuya açık alanlarda işlenmesi halinde aleniyetin gerçekleşmiş olacağı belirtilmektedir<sup>15</sup>. Bu açıdan Yargıtay da, aleniyet bağlamında aşağılama içeren ifadenin nihayetinde kamu tarafından öğrenilmesini değil<sup>16</sup>, bu ifadenin açıklanma anında kamu tarafından öğrenilme olasılığının fail tarafından bilinmesi ya da en azından göze alınmasının gerektiği yönünde karar vermektedir<sup>17</sup>.

## 3. Suçun Konusu

Maddenin koruma altına aldığı değerlerden ilki olarak Türk Milleti kavramından bahsetmek mümkündür. Maddenin ilk şeklinde Türklük olarak ifade

<sup>12</sup> Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 8. Baskı, c. 1, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık, s.459.

<sup>13</sup> Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s.458.

<sup>14</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 473.

<sup>15</sup> Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 14. Baskı, Beta Yayınları, Ocak , İstanbul ,1995, s.251;

<sup>16</sup> "aleniyette, umumi bir yerde işlenen fiilin başkaları tarafından görülüp işitilmesi şart olmayıp, görülüp işitilebilir olması yeterli sayılır." Yargıtay, bu kararında şehirlerarası bir otobüste gerçekleştirilen aşağılama fiili bakımından aleniyet şartının gerçekleşmiş olduğu belirtmektedir. (YCGK E. 1983/482, K. 1983/18, 31.1.1983) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

<sup>17</sup> "Sanığın takipsizlik kararına itiraz dilekçesinde işlediği iddia edilen Cumhuriyeti alenen tahkir ve tezyif etmek eyleminde dilekçenin gönderildiği makam ve mercilerin niteliği itibarıyla dilekçe içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmesi olanaksız olup, sadece görevliler tarafından okunup gerekli yasal işlem yapılması eyleme aleniyet kazandırmayacağı" (Y9.CD E. 2002/930, K. 2002/1029,13.5.2002) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). "Sanığın, cezaevinde iken bir arkadaşına ulaştırılmak üzere verdiği dava konusu mektubun ele geçirilmesindeki şekil ve şartlara göre ve bu nedenle de olayda atılı suçun aleniyet unsuru itibarıyla oluşamayacağı" (Y9.CD, E. 2002/711, K. 2002/1340, 10.6.2002) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

edilen ve daha sonra Türk Milleti olarak değiştirilen bu değer<sup>18</sup>, değişiklikten önce içerdiği anlamın belirlenmesi bakımından bir çok tartışmanın yapıldığı bir değer olarak karşımıza çıkmaktaydı. Örneğin bir yazara göre Türklük kavramı Dünya'nın neresinde yaşarlarsa yaşasınlar Türklere özgü ortak varlık, millete ait ortak bir değerden öte milleti oluşturan ve korunma altına alınması beklenen bir hak ve hürriyet olarak ele alınmalıdır<sup>19</sup>. Türklük kavramı madde gerekçesinde "Dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar" denilerek açıklanmaya çalışılmıştır<sup>20</sup>. Buna göre Türklük ve Türk Milleti bakımından, ilkinin ikincisine göre daha kapsayıcı ve geniş bir anlama sahip olduğu kabul edilmiştir<sup>21</sup>. Doktrinde ise Türklük kavramının sadece Türk Milleti'ni ifade ettiği söylendiği gibi<sup>22</sup>, kavrama bir tür milliyetçilik, ortak duygu, millî manevi değerler bütünü şeklinde de açıklamalar getirilmeye çalışılmıştır<sup>23</sup>. Yargıtay bu kavramla ilgili olarak bir kararında "Fıkradaki Türk'lük kavramı devletin insan unsuruyla ilgili olup, bu kavramla Türk Milleti kastedilmektedir. Türklükten maksat, "Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile millî dil, millî duygular ve millî geleneklerden oluşan millî, manevi değerler bütünü" ifadelerine yer vermiştir<sup>24</sup>. Bize göre Türklük ve Türk Milleti kavramlarının birbirini aynı olduğu söylenemez ve bu çerçevede yapılan değişikliğin yalnızca ifade biçimine ilişkin olduğu aksı savunulsa da<sup>25</sup> kabul edilmemelidir. Nitekim değişiklik gerekçesinde Türk Milleti kavramı tanımlanmamış ve bir millet tanımı verilmiştir. Buna göre "**Millet, geçmişten beri bir arada yaşamış, şimdide bir arada yaşama inancında, istek ve kararında olan; aynı vatana sahip; aralarında kültür, tarih ve ülkü birliği olan insanların oluşturduğu toplumdur. Bir toplumun millet olma özelliğini taşıyabilmesi için, üzerinde hayat sürdürebileceği vatanının bulunması; bireyleri**

<sup>18</sup> Türk Milleti ve Türklük kavramlarına ilişkin olarak yapılan inceleme, özel hukuk davalarında da gündeme gelmektedir. Örneğin, '30 bin Kürdü ve 1 milyon Ermeni'yi öldürdük. Türkiye'de hiç kimse bunu dile getirmeye cesaret edemiyor. Ben ediyorum' şeklindeki ifade Türk Milleti'ne yönelik bir aşağılama kabul edilmiştir. Bu beyanın Türk vatandaşları olan davacıların kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle, söz konusu beyanda bulunan yazar hakkında manevi tazminata hükmedilmiştir. Buna göre kişinin bir millete mensup bulunması ve bu kapsamda sahip olduğu onur kişilik haklarına dahildir. "Anayasanın 66. maddesine göre 'Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür'. Kişilerin onur ve şerefleri gibi mensubu buldukları ve Anayasa ile çerçevesi belirlenmiş bir millete aidiyeti ... **kişilik değerleri kapsamında ve hukuki koruma altındadırlar ... iddia edilen sözlerin, davacıların vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları Türk Milletine yönelik olması durumunda davacıların aktif dava ehliyetinin bulunduğu gerekir.**" (Y4.HD, E. 2006/12581, K. 2007/15816,1.12.2007) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>19</sup> Şen, **a.g.m.**, s.16-17.

<sup>20</sup> Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s.458.

<sup>21</sup> Türklük ifadesi yerine de daha belirgin olduğu gerekçesi ile Türk Milleti ifadesinin kullanılması değişiklikten önce önerilmişti. (Artuk, **a.g.m.**, s. 17.)

<sup>22</sup> Koca, **a.g.m.**,s..447.

<sup>23</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz; Senkeri, **a.g.e.**, s. 57-58. Bu kavrama yüklenen diğer anlamlar için bkz; Senkeri, **a.g.e.**, s. 55, 62; Sancar, **a.g.e.**, 70, 82.

<sup>24</sup> YCGK, E. 2006/9-169, K. 2006/184, 11.7.2006. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>25</sup> Bülent Algan, **The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey**, German Law Journal, c: 9, sy: 12, 2008, s. 2243. (Çevrimiçi)

[http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No12/PDF\\_Vol\\_09\\_No\\_12\\_2237-2252\\_Developments\\_Algan.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No12/PDF_Vol_09_No_12_2237-2252_Developments_Algan.pdf), 13.12.2012.

arasında **kültür ve tarih birliği** ile aynı devlet çatısı altında yaşama arzusunun ifade eden **ülkü birliğinin** bulunması gerekir. Madde metninde kullanılan Türk Milleti ibaresinden anlaşılması gereken budur.<sup>26</sup> Kanaatimizce Türk Milleti kavramını da Türklük kavramı gibi açıklanmaya ve tanımlanmaya muhtaç bir kavram olsa da, Türklük kavramına görece daha belirgin ve somut bir ifade tarzını ihtiva etmektedir.

1982 Anayasası m. 1 Türkiye Devleti'nin bir Cumhuriyet olduğunu belirtmektedir. Böylelikle Türkiye Cumhuriyeti kavramının Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni ifade ettiği belirtilmelidir. Bu kavram maddenin ilk şeklinde Cumhuriyet olarak ifade edilmekte, bundan maksadın ise Türkiye Cumhuriyeti olduğu vurgusu sık sık gündeme getirilmekteydi<sup>27</sup>. Yapılan değişiklik ile, Cumhuriyet kavramının Türkiye Cumhuriyeti'ni ifade ettiği artık açık olmakla birlikte, Yargıtay'ın daha önceki kanun döneminde yalnızca "devlet"e yönelik aşağılama fiillerini Cumhuriyet'e yönelik olarak kabul ettiği kararlarını tekrarlaması mümkün görünmemektedir. Nitekim Yargıtay'a göre, bizatihi devlet kelimesinin maddede yer alması, onun bu korumadan yararlanmayacağı anlamına gelebilecektir<sup>28</sup>. Zira Yargıtay'a göre "Maddedeki "Cumhuriyet" "Devlet" ile anlamdaştır. Bu nedenle Devleti tahkir ve tezyif, niteliği itibarıyla, Cumhuriyeti tahkir ve tezyif olur. Devlet ise, belli bir ülke içinde kurulan en üst iktidar ve selahiyeti temsil eden bir tüzel kişiliktir."<sup>29</sup>. Ancak bu çekince de, maddede yapılan değişiklik ortadan kalkmış olmaktadır.

Yargı organları<sup>30</sup>, adliye mahkemeleri yanında diğer tüm yargı organlarını ifade etmektedir. Belirtilmelidir ki bu kavram zabıt katipleri, mübaşirlik gibi adliyeye yardımcı meslekleri kapsamayacaktır<sup>31</sup>. Ancak savcılarının da bu kapsamda olduğu söylenmelidir<sup>32</sup>. Burada önemli olan hususlar, bir mahkeme heyetine ya da savcılardan her birine bireysel olarak yöneltilen aşağılamaların bu suçun maddi unsurunu oluşturmayacağıdır. Zira bu madde ile korunması amaçlanan, hakim veya savcılarının şahıslarından bağımsız olarak yargı organına

<sup>26</sup> Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s.458

<sup>27</sup> " sanık, beton zemin üzerinde çocukların ve bazı şahısların yattığını görünce üzüntüyle kapılıp "Böyle Türkiye Cumhuriyetinin a... koyarım" diyerek küfredi... kalabalık bir mahalde birçok kişinin işitebileceği tarzda suç konusu sözleri.." söylemiştir. (YCGK E. 1987/167, K. 1987/422, 5.10.1987) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

<sup>28</sup> Y9.CD, E. 1978/671, K. 1978/743,21.2.1978.(Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, c:2, İstanbul, 1990, s.718.)

<sup>29</sup> YCGK, E. 1998/9-70, K. 1998/156, 5.5.1998. **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

<sup>30</sup> Mülga TCK'nın bahsettiğimiz hükmünde ise bunu işaret etmek üzere "Adliyenin manevi şahsiyeti" kavramı kullanılmıştı. Bu dönemde adliyenin manevi şahsiyeti kavramı ile neyin ifade edilmek istenildiğinin açık olmadığı belirtilmekteydi. Zira söz konusu madde gerekçesinde buna ilişkin bir açıklama yer almadığı gibi tüzel kişilikten yoksun devlet organlarının varlıklarının soyut değil somut oldukları belirtilmekte ve bu bağlamda bir manevi şahsiyetten de yoksun oldukları kabul edilmekteydi. Ancak bu ifade tarzının, adliyenin de sanki bir tüzel kişi imiş gibi korunması amacıyla tercih edildiği belirtilmekteydi. (Senkeri, **a.g.e.**, s. 164). Zira hukuk terminolojisinde manevi şahıs ve hükmü şahıs (tüzel kişi) kavramlarının aynı anlama geldiği kabul edilmektedir. Ancak bu düzenleme tarzının Türk hukuku bakımından bir anlam taşımadığı da ifade edilmiştir.(Sancar, **a.g.e.**, s.105,149.)

<sup>31</sup> Artuk, **a.g.m.**, s. 19.

<sup>32</sup> "C.Savcılar, teşkilatın, mahkemelerin esaslı ve ayrılmaz rükünleri olması bakımından" (YCGK, E. 1971/384, K. 1971/420, 20.12.1971) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

devletin bir kurumu olarak atfedilen değerdir. Bu bağlamda aşağılamanın tüm yargı organlarına yönelik şekilde gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>33</sup>.

Maddede yer verilen diğer bir kurum ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. TBMM, kendisine Anayasa ile yasama yetkisi tanınan organdır. Yargı organları bakımından belirttiğimiz ve kurumu temsil eden kişi ya da kişilerin aşağılanması m. 301 kapsamında sayılmayacağına ilişkin hususu TBMM bakımından da geçerli saymak gerekir. Bu bağlamda TBMM'de görev yapan milletvekillerine yöneltilen aşağılamalar m. 301 kapsamında değerlendirilmeyeceği gibi<sup>34</sup>, TBMM'nin bütününe değil, örneğin bir parti grubunu ya da bir meclis komisyonunu hedef alan aşağılamalar da bu kapsamda sayılamayacaktır<sup>35</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, başbakan ve bakanlar kurulundan oluşan ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yürütme organını ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>36</sup>. Yargıtay, iktidar kavramının "nazariyatta, hükümetten farklı ve hükümeti de içerisine alan geniş kapsamlı bir kavram"

---

<sup>33</sup> "Sanığın, mahkeme hakimine hitaben 'Allah belanı versin, adalet mülkün temeli değildir' şeklinde söz söylemekten ibaret eyleminin bir bütün halinde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturacağı, ayrıca devletin yargı organlarını alenen aşağılama suçunun oluşmayacağı", Y9CD 10995/4198,12.4.2010; "Dava konusu yazının Türkiye'deki bütün savcılara değil, özellikle İstanbul'daki basın savcılarına yöneltildiği, yazının içinde geçen '... bir takım Babiali varakpareleri hakkında hiçbir tahkikat yapılmazken, savcıların kurbanı, bazı solcu gazeteler olmaktadır.' sözünden açıkça anlaşılmaktadır ... Şu hale göre sanığın genel anlamda bir savcılar topluluğunu değil, en azından İstanbul'da basın işleriyle görevli C.Savcılarını kast ederek onlar için hakaret teşkil eden sözlerle hitapta bulunduğu kabulü gerekir(YCGK, E. 1971/384, K. 1971/420, 20.12.1971) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**; "Konuşmada belirli bir mahkeme değil, Anayasa'ya göre kurulmuş bir yargı organı olan ve Türk Ulusu adına yargılama yapan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin tümü hedef alınmıştır. Bu mahkemelerin kararlarının temiz mercii Yargıtay olmakla bir mahkeme bütünleşmesi söz konusudur. Konuşma sırasında ayrıca birkaç kişinin bölgede görev yapan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin isminden ve icraatından bahsetmesi, konuşmanın, genel niteliği ve amacı karşısında muayyen bir mahkemeye yönelik olduğu anlamını çıkarmayı gerektirmez." (YCGK, E. 1982/448, K. 1982/508, 20.12.1982) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**; "bu hakimlerin hepsinin erkekleri kavat, pezevenk, kadınları orospu' dediği ... Sanığın hedefi Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan tüm mahkemeler, hakimlerdir. Şenkaya İlçesindeki hakimi hedef alarak bu sözleri söylediği kabul edilemez." (YCGK, E. 1995/9-127, K. 1995/157, T 22.5.1995) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**; "...Devlet kavramı ve Devletin varlığını oluşturan ve maddede sayılan kurumlar korunmuş olup bu kurumlarda yer alan kişi veya kişilerin ya da grupların korunması amaçlanmamıştır." (YCGK, E. 1998/9-70, K. 1998/156, 5.5.1998) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

<sup>34</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 94.

<sup>35</sup> "yazı bütünüyle incelendiğinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir kısmını değil, tümünü hedef aldığı anlaşılmaktadır" (YCGK, E. 1976/8-345, K. 1976/379, 20.9.1976) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

<sup>36</sup> "Boğazı kuruyan ve kana susayan" faşizan sözleri ile sonunda geçen "onların tankı, tüfeği, panzeri, faşizmi varsa" sözcükleri alınıp, bundan basit kıyas ve istidlal yoluyla hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif anlamı çıkarmak olanaksız olup, sözlerin hükümetin... manevi şahsiyetine matuf olduğundaki tereddüt ve bildiri içeriğine göre mübalağalı bir anlatım yolunun seçilmesi karşısında... TCK.nun 159 uncu maddesinde tanımlanan suç oluşmaz" (YCGK, E. 1976/9-247, K. 1976/258, 24.5.1976 ) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**. "Ülkemizde Orman Kanunu ortamı yaratmış olan İrmak Hükümeti yönetimindeki ilk olay değildir" ifadesi Hükümete yönelik aşağılama olarak kabul edilmemiş, eleştiri sınırları için de kaldığı belirtilmiştir'. (YCGK, E. 1976/8-13, K. 1976/28, 2.2.1976) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

olduğunu ve hükümetin, "iktidarın icraat yönünden temsilcisi ve iktidarın etkin bir organı"<sup>37</sup> olduğunu belirtmektedir.

Madde kapsamında son olarak koruma altına alınan kurumlar ise, Devletin askeri ve emniyet teşkilatı olarak ifade edilmiştir. Devletin askeri teşkilatı kavramı, Türk Silahlı Kuvvetlerini, yani orduyu ifade etmektedir<sup>38</sup>. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 1'de tanımlanan Türk Silahlı Kuvvetleri, silahlı bir devlet kuvveti olarak ifade edilmekte, kara, deniz ve hava kuvvetleri yanında, jandarmanın da bu kapsamda olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>39</sup>. Devletin emniyet kuvvetleri kavramı ise, polis ve jandarma başta olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde kolluk faaliyeti yürüten personeli ifade etmektedir<sup>40</sup>.

## B. Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle fail, maddede yer alan değer ve kurumları aşağılamayı istemeli ve ayrıca bu değer ve kurumları aşağıladığını bilmelidir. Suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususu da önem taşımaktadır. Madde metninden yola çıkılarak yapılacak tespit, bu suçun olası kastla da işlenmeye elverişli olduğu yönünde olacaktır. Dolayısıyla bir kişinin, açıkladığı ifadenin maddede yer verilen değer ve kurumları aşağılayıcı nitelikte olabileceğini ve böylelikle suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirileceğini öngörmesine karşın, ifadeyi açıklaması halinde suçun manevi unsuru olarak olası kastın varlığını kabul etmek gerekecektir. Ancak kanaatimizce, ceza sorumluluğunu bir hayli genişletici nitelikte olabilecek bu türden bir kabulün sınırlandırılması gerekmektedir. Bu sınırlandırma ise, hiç şüphesiz suçun diğer bir unsuru olan hukuka aykırılık unsurunun tespiti bağlamında yapılacak değerlendirme ile gerçekleştirilebilecektir. Bu nedenle, her ne kadar suçun olası kastla da işlenebileceğinin kabulü önünde kanuni bir engel bulunmasa da, suçun hukuka aykırılık unsuru bakımından titiz bir inceleme yapılması gerekmektedir. Nitekim hukuka aykırılık bakımından yapılacak inceleme ister doğrudan kast ister olası kastla gerçekleştirilmiş olsun gerçekleştirilen fiilin suç teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesinde en önemli hususu oluşturmaktadır.

<sup>37</sup> Bu bağlamda da " Sanıkların duvara yazdıkları 'katil iktidar' sözü ile hükümetin manevi şahsiyetini tahkir suçunu işlemiş bulduklarının kabulüne imkan yoktur." Zira Yargıtay'a göre iktidar, yalnızca hükümeti değil yasama, tarhi ve yürütmeyi de içine alan bir anlam içermektedir. (YCGK, E. 1977/172, K. 1977/198, 9.5.1977) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Ancak belirtilmelidir ki, Yargıtay'ın iktidar sözcüğü ile hükümetin işaret edildiğine ilişkin bir kanının oluştuğu durumlarda söz konusu aşağılamayı hükümete yönelik gördüğü de vâkidir (Y9.CD, E. 1981/831, K. 1981/1301, 1.4.1981) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

<sup>38</sup> Koca, **a.g.m.**, s. 460; Artuk, **a.g.m.**, s. 19.

<sup>39</sup> Senkeri, **a.g.e.**, s. 115.

<sup>40</sup> "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de, jandarmasının da, polisinin de anasını avradını sinkaf ederim' dediği, götürüldüğü karakolda da benzer sözleri sarfettiği ve aleniyet unsurunun gerçekleştiği" (Y9.CD, E. 2004/6627, K. 2005/214, 27.1.2005) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Ayrıntılı bilgi ve Milli İstihbarat Teşkilatının da bu kapsamda olduğuna ilişkin olarak bkz; Senkeri, **a.g.e.**, s. 136-151. Ayrıca bu noktada gerektiğinde adli kolluk görevini de yerine bir kolluk teşkilatı olan Sahil Güvenlik Komutanlığı bakımından da bir tespit bulunulması gerekmektedir. Kanaatimizce kolluk faaliyeti yürütmesi nedeniyle bu kurumun devletin emniyet teşkilatı arasında sayılması gerekecektir.



### **C. Hukuka Aykırılık Unsuru**

Söz konusu madde bakımından hukuka aykırılık unsuru bağlamında incelenmesi gereken hukuka uygunluk nedeni, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenidir. TCK m. 26/1 bunu "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*" şeklinde ifade etmiştir<sup>41</sup>. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında, pek çok kategori sayılabilecek olsa da, TCK m. 301 ile ilgili olarak iki kategorinin incelenmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi iddia ve savunma hakkının kullanılması, ikincisi ise eleştiri, haber verme, akademik çalışmalarda bulunma; kısacası ifade özgürlüğü kapsamında kalan hakların kullanılmasıdır.

#### **1. İddia ve Savunma Hakkının Kullanılması**

İlk olarak, iddia ve savunma hakkının kullanılması, Anayasa m. 36 ile garanti altına alınmıştır. Bundan başka iddia ve savunma dokunulmazlığı TCK m. 128'de de düzenlenmiş, bu hükümde ancak kişilere yönelik olarak somut isnadlar veya olumsuz değerlendirmelerde bulunmak madde kapsamına alınmıştır. TCK m. 301 bakımından söz konusu maddenin uygulama alanı olmayacağı açıksa da, iddia ve savunma haklarının hangi merci önünde kullanılacağı ve kapsamı bakımından yapılacak olan yorumda söz konusu madde de göz önüne alınmak gerekir. Buna göre, iddia ve savunma hakkının kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi için, bunun sadece yargı mercileri önünde değil, idari makamlar önünde kullanımının da bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınması gerekmektedir. İddiada kullanılan ya da savunmaya konu olan ifadenin, bu hak kapsamında düşünülmesi, onun mutlaka iddia veya savunma ile doğrudan bir bağlantısı olmasını gerektirmekte, bu bağlantı ise iddiada veya savunmada kullanılan ifade ile aşağılayıcı nitelikteki ifade arasında mantıklı bir bağ bulunması anlamına gelmektedir<sup>42</sup>. Bu itibarla, aşağılama ile iddia veya savunma arasında bir zorunluluk ilişkisi bulunmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, iddia ve savunma hakkının kapsamının daraltılması açısından bu zorunluluk, ifade edilmek istenenin aşağılama olmadan ifade edilemeyeceği şeklinde anlaşılabilir. Dolayısıyla burada aşağılayıcı nitelikteki ifadenin iddia veya savunmaya "hizmet etmesi" gerektiği söylenebilir<sup>43</sup>.

#### **2. Eleştiri Hakkının Kullanılması ya da İfade Özgürlüğü**

Bir görüşe göre ifade özgürlüğü<sup>44</sup>, özel bir korumaya tabi kılınması bakımından kişisel ve toplumsal ifade özgürlüğü olarak iki kategori altında ince-

<sup>41</sup> Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edebilmek için kişiye hukuk düzenince tanınmış bir hak olmalıdır. Ayrıca kişi bu hakkını hiç bir merci veya makamın aracılığına ihtiyaç duymaksızın kullanabilmelidir. Bundan başka kişi hakkını kullanırken hakkın sınırları içinde hareket etmelidir. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 278-283; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. b., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 226-227.

<sup>42</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 144; Senkeri, **a.g.e.**, s. 262.

<sup>43</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 144; Senkeri, **a.g.e.**, s. 262.

<sup>44</sup> Burada "düşünce özgürlüğü"nden değil "ifade özgürlüğü"nden bahsetmemiz bilinçli bir tercihtir. Nitekim ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğünü bütünleyen bir parça konumundadır. Bu bağlamda düşünce özgürlüğünün "düşüncenin dışa vurulmasıyla ilgili özgürlükler" kapsamında ele alınan ve kişinin düşüncelerini başkalarına aktarabilme, yayabilme ve düşüncelerine uygun biçimde davranabilme olarak üç farklı özgürlük ile ayrılmaz bir bütün oluşturduğu belirtilmektedir.(Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 26,27). İşte ifade özgür-

lenmelidir. Buna göre, ilk olarak ifade özgürlüğünün toplumsal olarak ele alınması bazı "sosyal yararlar" ulaşılması bakımından bir araç olarak görülmektedir. İkinci kategoride ise ifade özgürlüğünün kişisel olarak ele alınması bulunmakta, bu ise bizzat "insani yarar" getirmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>45</sup>. Dolayısıyla şimdiye dek ifade özgürlüğünün araçsal anlamda haiz olduğu değer söz edilmiş bu iki temel amaçla birleşmiş olduğu söylenebilir. İfade özgürlüğü en geniş kapsamda ise, gerçeğe ulaşılmasını temin açısından en iyi yol olarak telakki edilmektedir. Zira görüş ve fikirlerin herhangi bir kısıtlama olmaksızın çarpışması ve süreklilik arz eden testi, bilgiyi yükseltmede en iyi yol olarak görülmektedir<sup>46</sup>. İfade özgürlüğünün TCK m. 301 ile bağlantısı, m. 301/3'te yer verilen ve "*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*" şeklinde ifade edilen hukuka uygunluk nedeninin yorumlanması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda ikinci bir hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak "eleştiri hakkı" hukuka uygunluk nedeni gösterilebilir. Kuşkusuz, bu hukuka uygunluk nedeninin madde metninde belirtilmeseydi bile, söz konusu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak telakki edilmesi mümkündür. Zira TCK m. 26 kapsamında bu hak da bulunmaktadır. Ancak bu hususun maddede açıkça yer alması, TCK'nın sefii sayılan 765 sayılı TCK m. 159'da bulunması<sup>47</sup> ve özellikle uygulama bakımından sorunlara yol açmamasının sağlanması amacıyla bir zorunluluk olarak görülmüştür<sup>48</sup>. Kanaatimizce, ifade özgürlüğü bağlamında madde bakımından ele alınması gereken bir sorun bulunmaktadır. Buna göre, maddede yer aldığı şekliyle yalnızca "eleştiri hakkının" kullanılmasının mı yoksa ifade özgürlüğü bağlamında ele alınabilecek akademik ve sanatsal faaliyetlerde bulunma, tarihi gerçekleri araştırma, haber verme haklarının da mı madde bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmayacağı belirlenmelidir. Nitekim hakaret suçları bakımından, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni bağlamında ele alınabilecek haklar, eleştiri hakkı yanında, akademik faaliyetlerde bulunma, sanatı yayma, tarihi gerçekleri araştırma, haber verme hakları olarak sayılabilir<sup>49</sup>. Bu bağlamda söz konusu suç bakımından yalnızca eleştiri hakkının kullanılması değil, eleştiri niteliği taşımayan ancak saydığımız bu hakların kullanılması amacıyla yapılan ifade açıklamaları da hukuka uygun

lüğü de, düşüncelerini başkalarına çeşitli araçlarla aktarabilme özgürlüğü olarak da nitelendirilebilen ve düşünce özgürlüğünden farklı ancak ona sıkı sıkıya bağlı bir özgürlük olarak değerlendirilmelidir. Hatta *Dönmezer'e* göre ifade özgürlüğünün düşünce özgürlüğünden ayrı olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, ifade özgürlüğü olmadan düşünce özgürlüğünün varlığını devam ettirmesi imkansızdır. ( Sulhi Dönmezer, **Demokratik ve Uygur Toplumlarında İfade Özgürlüğü ve İşlevi**, in: İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003, s. 11)

<sup>45</sup> Mark Janis, /Richard Kay/Anthony Bradley, **European Human Rights Law Text and Materials**, Second Edition, Oxford Publications, 2000, s. 139; Söz konusu bu iki işlevden bireysel ifade özgürlüğü bireyin kendini entelektüel olarak geliştirmesini; toplumsal işlev ise bireylerin toplumu demokratik olarak biçimlendirmesinde rol oynaması ve bu bağlamda siyasi etkinlik hakları ile de temas etmesini ifade etmektedir. (Klaus Finkelburg, **Demokraside İfade Özgürlüğü**, in: Düşünce Özgürlüğü, Çev: Nihat Ülner, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları: 3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayıncılık, Mayıs 1998, s. 198)

<sup>46</sup> Janis/ Kay/Bradley, **a.g.e.**, s. 139.

<sup>47</sup> Maddenin ilk şeklinde bu yönde bir ifade bulunmamaktaydı. Bu "*Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek amacıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez*" şeklinde 03/08/2002 tarihli ve 4771 S.K. m. 2. ile maddeye eklenmiştir.

<sup>48</sup> Özgenç, **a.g.e.**, s. 280.

<sup>49</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 149-171.

olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla, bu hak veya hakların sınırının ne şekilde belirleneceği ve hangi hallerde hukuka uygun bir eylemin ortaya çıkacağı belirlenmesi önem arz etmektedir. Eleştiri hakkının yorumlanması ve sınırlarının çizilmesi bakımından Türk doktrini ve uygulamasının yanısıra, AİHM içtihatlarının da göz önüne alınması ve buna göre bir çerçeve çizilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Nitekim AİHS sistemi içinde konuya ilişkin istatistikler incelendiğinde sayısal olarak çok olmasa da, Türkiye'nin 2011 yılında hakkında ifade özgürlüğüne ilişkin en çok ihlal kararı verilen ülke olduğu görülmektedir<sup>51</sup>. Her ne kadar verilen kararlar toplamda 6 tane olsa da, bu özgürlüğe ilişkin en çok ihlal kararı verilen ikinci ülke olan Portekiz'in 3 ihlal kararı ile Türkiye'yi takip ettiği görüldüğünde, durumun vehameti anlaşılmaktadır. Yani Türkiye ifade özgürlüğü bakımından AİHM çerçevesinde en sorunlu ülke olma özelliğini göstermektedir. Nitekim 1959 yılından 2011 yılına kadar yapılan ve ifade özgürlüğüne ilişkin olarak ihlal kararı verilen toplam başvuru sayısının 479 olduğu ve maalesef bu ihlal kararlarından 207'sinin Türkiye hakkında olduğu da tespit edilebilmektedir<sup>52</sup>. Bu nedenle TCK m. 301 bağlamında güncel bir karar olarak AİHM'in Altuğ Taner Akçam v. Türkiye<sup>53</sup> kararı ele alınacaktır.

Eleştiri hakkı, haber verme özgürlüğü ile bağlantılı bir hak olarak görülsede, bu hakkın haber verme hakkından ayrılmasını sağlayan hayati nokta eleştiri niteliğindeki düşünce açıklamalarının haberden ayrı olarak, eleştiride bulunan kişinin kanaatini içermesinde yatar<sup>54</sup>. Haber verme hakkı bağlamında bunun bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi, Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında belirttiği ve doktrinde de kabul gören ve eleştiri hakkından farklı bir takım sınırlamalara bağlıdır<sup>55</sup>. Eleştiri hakkı, kişinin belli bir vakıa hakkındaki düşüncesini açıklamasından ibaret bir fiil olarak nitelendirilmekte, ancak eleştirinin mahiyeti gereği çoğu zaman sert ve rahatsız edici olması da beklenmektedir<sup>56</sup>. İfadenin somutlaştığı aracın çeşidine göre, basılı eserler, yazı

<sup>50</sup> AİHM içtihatları ve Türkiye'de yer alan düzenlemelerin anlamı yanında, AİHS bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen hükmün taraf devletler açısından taşıdığı anlama da değinmek gerekmektedir. AİHS m. 10 kapsamında düzenlenen ifade özgürlüğünün kapsamı bakımından taraf devletlerin AİHS'te yer alan güvence mekanizmalarının önüne geçmesi mümkün olabilirse de, AİHS'te yer verilen sınırlandırma sebeplerinin ötesine geçmesi mümkün olmamaktadır. (İbrahim Kaboğlu, Pozitif **Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları**, in: Düşünce Özgürlüğü, Çev: Nihat Ülner, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiyi Yayınları: 3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayıncılık, Mayıs 1998, s.219).

<sup>51</sup> [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU\\_VIOLATIONS\\_EN\\_2011.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_EN_2011.pdf). (Çevrimiçi).13.02.2012.

<sup>52</sup> [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU\\_VIOLATIONS\\_EN\\_2011.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_EN_2011.pdf) (Çevrimiçi) 13.02.2012

<sup>53</sup> Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, Başvuru No. 27520/07, 25.10.2011.

<sup>54</sup> Erman, **a.g.e.**, s. 170, Senkeri, **a.g.e.**, s.242

<sup>55</sup> "Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk halleri, temelini Anayasa'nın 28 inci ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakları ile mağdurun rızasıdır. Haber verme ve eleştirme hakkının kabulü için, açıklama veya eleştiriyi konu olan haberin, gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamunun ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması, haberde veya yazıda küçültücü sözler kullanılmaması gerekmektedir" (YCGK. E. 1997/4-386, K. 1997/52, 24.02.1998) (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**).

<sup>56</sup> Özgenç, **a.g.e.**, s. 282; Erman, **a.g.e.**, s. 170. "Eleştirinin sert üslupla yapılması, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması, eleştirinin eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu ise de, kurumlar eleştirilirken görüş açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı, düşüncüyü açıklama sınırları içinde kalınmalıdır" (YCGK, E. 2001/9-132, K. 2001/155, 03.7.2001) (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**).

dizisi şeklinde yayınlanan makaleler veyahut da bir konuşma bakımından, bu tür araçların bir küll olarak ele alınması ve salt bir ifadenin yola çıkarak aşağı-lamanın tespit edilemeyeceği belirtilmekte, ifadenin yer aldığı aracın tamamının değerlendirilmesi suretiyle aşağılamanın var olup olmadığının tespit edileceği kabul edilmektedir<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> "Makalede yer alan düşünceler ve ileri sürülen görüşler, makalenin bütün halindeki konusu ve hedefi açısından değerlendirilmelidir" (Y1.CD, E. 1969/747, K. 1969/2630, 01.10.1969) **(YCGK E. 2006/9-169, K. 2006/184 sayılı kararından naklen)** ; "TCY. 159 uncu maddesinde düzenlenen suçun oluşup oluşmadığı yönünden, olayın akışı küll halinde değerlendirilmelidir" (YCGK. E. 1987/167, K. 1987/422, 05.10.1987) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**. "Konuşmanın içerisinde bazı sözcükler tek tek ele alınarak ve bu sözcüklere olumsuz anlamları açısından bakılarak ve konuşma bütünü değerlendirme dışı bırakılarak sonuca varılamaz" (YCGK, E. 1989/9-63, K. 1989/165, 24.4.1989) ) **(YCGK E. 2006/9-169, K. 2006/184 sayılı kararından naklen)**. "Olayın değerlendirilmesi yapılırken, yazının bütünlüğü bozulmamalıdır" (YCGK, E. 1992/8-299, K. 1993/10, 25.1.1993) **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**. Nitekim Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, Y9.CD'nin 1.5.2006 tarih ve 711/2497 sayılı kararına karşı itirazının gerekçesinde de; "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarına mevcuttur" demektedir. Sanığın kullandığı cümle anlam yönünden açık ve net olmayıp polemik konusu olabilecek niteliktedir. Anılan cümlenin iki şekilde algılanması mümkündür: a- Cümlelerin virgülden bölünen birinci bölümünün Türklere, virgül sonrasındaki bölümünün ise Ermenilere/Ermeni kökenlilere hitap ettiği söylenebilir. Bu durumda Türk ile kastedilenin Türkler olduğu ve Türklerdeki zehirli kanın boşalması, bu zehirli kanın yerini ise, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarındaki temiz kanın alması gerektiği söylenebilir. Bu durumda Mustafa Kemal Atatürk'ün 'Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur' sözü, ustaca bir üslupla değiştirilerek 'Türk'ten boşalacak o zehirli kan' olarak değiştirilmekte ve Türklük aşağılanmaktadır. b- İkinci algılama ise, cümlenin bütünüyle Ermenilere/Ermeni kökenlilere hitap ettiğidir. Özellikle altıncı ve yedinci makaleler ile bu bağlamda yedinci makalede ikinci olasılık olarak ortaya konulan saptama gözetildiğinde, burada Türk kavramı ile kastedilen Türkler değildir. Özellikle altıncı yazı da gözetildiğinde Ermenilerdeki/Ermeni kökenlilerdeki "Türk anlayışı, Türk olgusudur". Ermeninin kanına bile işleyen ve sanığın ifadesiyle Ermenileri zehirleyen anlayıştır. Ki bu anlayışı, sanık özeleştiriyi yaparak Ermenileri zehirleyen ve terkedilmesi, ötelenmesi gereken bir anlayış olarak da ortaya koymaktadır. İşte Ermenileri zehirleyen bu Türk anlayışı terkedilmeli ve terkedilen anlayışın yerini ise, -kendileri yönünden daha sağlıklı bir kimlik oluşumu için-, 'Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damardaki kanın alması' gerektiği belirtilmektedir. Burada Ermenistan'la bağ kuracak olan Ermeniler olduğuna ve bu bağdan yani damardan alınacak kanı da Ermeniler/Ermeni kökenliler alacağına göre, -kendi ifadesiyle- alınacak bu temiz kan ise, yine Ermenilerden boşalacak zehirli kanın yerine geçecektir. Damar Ermeniler/Ermeni kökenlilere ait olduğuna göre, damardan boşalacak zehirli kan da Ermenilerdeki/Ermeni kökenlilerdeki kandır. Yine zehirli kanın yerini alacak temiz kan da Ermeniler/Ermeni kökenlilere ait kandır. Bu iki algılama biçiminin somut duruma uygun olanı ortaya konulmalıdır... **Yazı dizisi bütünlüğü içerisinde, sanığın kavramlara verdiği anlam ortaya konulmadıkça ve cümle yapısı analiz edilmedikçe doğru sonuca varılamaz.** Ayrıca bir yazı dizisi kapsamında ortaya konulan bu sözlerin doğru yorumlanabilmesi için, düşüncelerinin başlangıç ve gelişimini sergileyen önceki yedi yazının da irdelenmesi gerekmektedir" İbaresine yer verilmiş, ancak Genel Kurul".**Aynı zamanda genel yayın yönetmeni de olan sanığın bu cümleyi 'yazarlık' oluşturması karşısında, daha dikkatli hareket etmesi, amaçladığının ötesinde anlamlar çıkabileceğini ve polemik yaratabileceğini düşünmesi; bunları özellikle yapmayarak yukarıda belirtilen ilk algılamaya, hatta her iki algılamaya bilerek yol açtığı, bu nedenle atılı suçun oluştugu ileri sürülebilir...** Suça konu yazının yayımlandığı mevkiye, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimi gözetildiğinde, kullanılan ibarenin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte bulunduğu, esasen bu amaçla da kaleme alındığı Ermeni toplumunu yüceltirken Türk toplumunu aşağılamanın

Bu bağlamda eleştiri hakkı ve düşünce özgürlüğünün sınırları konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) metninin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının Türk hukuku açısından taşıdığı önem bağlamında, sözleşmede koruma altına alınması ve AİHM kararları çerçevesinde de hakkın kapsamına değinmek gerekmektedir. AİHS'in ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemesi m. 10'da yer almaktadır. Buna göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılması temelde dokuz sınırlandırma kriterine tabi kılınmaktadır. Bunlar ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu güvenliği, düzensizliği ya da suçun önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin edinilerek açığa çıkmasını önlenmesi, yargılama organlarının yetki ve tarafsızlığının korunması olarak ifade edilebilir. Bu sınırlama ölçütlerinin, sınırlı sayıda belirlenmiş olduğu ifade edilmektedir<sup>58</sup>. Ancak, bu nedenler dahilinde bile olsa, ifade özgürlüğünün kayıtlanması maddenin 2. paragrafında bazı kriterlere bağlanmıştır. Buna göre, kayıtlamalar "demokratik bir toplumda gerekli" ve "yasa ile öngörülmüş" olmalıdır. AİHM'in ifade özgürlüğüne verdiği önem, bu hakkı demokratik bir toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi açısından temel haklardan biri olarak algılaması biçiminde ortaya çıkmaktadır<sup>59</sup>. AİHM bu görüşü ilk olarak *Handyside* kararında ortaya koymuş; ifade özgürlüğünü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun temellerinden biri olarak kabul ettiğini açıklamış ve bu bağlamda bu özgürlüğün m. 10 sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenilmeyen "haber" ve "düşünceler" için değil, ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanacağını belirtmiştir<sup>60</sup>. AİHM'e göre bu hususlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlarsız bir demokratik toplum olmaz<sup>61</sup>. AİHM'in ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar bakımından üzerinde durduğu noktalardan birini, kişilerin ifade özgürlüklerinin kısıtlanmasında devlet tarafından uygulanan yaptırımlar oluşturmaktadır. Özellikle müdahalenin orantılı olup olmadığının incelendiği vakalarda, uygulanan yaptırımın kişilerin daha sonraki eylemleri bakımından cesaret kırıcı olması ya da bunun kişiler üzerinde bir oto-sansüre yol açmaması gerektiği vurgulanmıştır<sup>62</sup>. Bu açıdan AİHS sisteminde genellikle kişilerin ifade özgürlüklerinin kısıtlanmasını bağlamında, kişilerin idari veya cezai yaptırımlarla karşılaşmış olmalarının arandığını belirtmek gerekir. Bu durum, *Akçam* kararında ise farklılık arz etmektedir. Mahkeme söz konusu kararında *Akçam*'ın mağdur statüsünü kazanıp kazanmadığı problemine öncelikle bir çözüm getirme arayışındadır. Mahkemenin bu kararda da yinelediği gibi, şimdiye kadar gelen içtihatlarında var-

---

*ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilemeyeceği*" sonucuna ulaşmıştır. (YCGK, E. 2006/9-169, K. 2006/184,11.7.2006.) (**Kazanıcı İchtihat Bilgi Bankası**).

<sup>58</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü**, Sahir Erman'a Armağan, Alfa Basımevi, İstanbul, 1999, s. 298.

<sup>59</sup> Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 300.

<sup>60</sup> *Handyside v. Büyük Britanya*, Başvuru No: 5493/72, parag.49.(Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int> 17.01.2012. Bunlarla birlikte, Glimmer Veen ve Haganbeek kararında Komisyon, ırkçı söylemlerin madde 10 kapsamında korunamayacağını, zira anti-demokratik düşünce ve ifadelerin bu madde kapsamında korunmaya layık olmadığını belirtmiştir. (M. Şükrü Alpaslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü**, Sahir Erman'a Armağan, Alfa Basımevi, İstanbul, 1999, s.32.)

<sup>61</sup> *Handyside*, parag.49.

<sup>62</sup> *Jersild v. Danimarka*, Başvuru No: 15890/89; *Lingens v. Avusturya*, Başvuru No: 9815/82. (Alpaslan, **a.g.m.**,s. 31.)

dığı nokta bir kişinin herhangi bir ihlalin mağduru olduğu yönündeki iddiasının desteklenebilmesi için bir önlemden doğrudan etkilenmiş olması gerekmektedir<sup>63</sup>. Bu bağlamda Mahkeme İrlanda v. Birleşik Krallık parag. 239-240, Eckle, Klass ve Diğerleri v. Almanya parag 33'e atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin koruma altına aldığı hakların yorumlanmasında *actio popularis*<sup>64</sup> getirilmesine veyahut da kendilerinin doğrudan etkilenmemiş oldukları hallerde iç hukukun herhangi bir hükmünden Sözleşme'ye aykırı olabileceği gerekçesiyle şikayetçi olmalarına da izin vermemektedir<sup>65</sup>. Akçam, kendisi hakkında TCK m. 301 bakımından yürütülen pek çok soruşturmadan ya da kovuşturmayaya yer olmadığı kararından sonra, AİHM'e başvurarak m. 10'un Türkiye tarafından ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bu iddia karşısında Hükümet öncelikli olarak m. 301'in uygulamasına ilişkin istatistiklere yer vermektedir<sup>66</sup>. Buna göre maddede yapılan değişikliklerle<sup>67</sup> birlikte bu suçtan dolayı yapılan yargılamaları ciddi ölçüde azaldığı, bu bağlamda 70 kovuşturma izni başvurusundan yalnızca üçünün Adalet Bakanlığı tarafından kabul edildiği belirtilmiştir<sup>68</sup>. Bundan başka Hükümet 2003 ve 2007 yılları arasında TCK m. 301 (ve mülga TCK m. 159/1) uyarınca 1.894 ceza kovuşturması yürütüldüğünü, bunların 744'ünün mahkumiyet, 1.142'sinin beraatle sonuçlandığını belirtmiştir<sup>69</sup>. Başvurucu tarafından ise Avrupa Komisyonunun Türkiye ile ilgili 2008 yılı ilerleme raporu öne sürülmüştür. Söz konusu raporda m. 301'in içeriğinin değişiklikten sonra da farklılaşmadığı ve Adalet Bakanı'nın izin koşulunun madde kapsamında yapılacak soruşturmalarda siyasi görüşlerin etkili olabileceğini akla getirdiğini belirtmektedir<sup>70</sup>.

İşte bu çerçevede, hakkında hiç bir cezai ya da idari yaptırıma hükmedilmemiş olan Akçam bakımından ilk olarak incelenen başvurusunun mağdur statüsünde olup olmadığıdır. Zira başvuru AİHS m. 34 uyarınca mağdur durumda olduğunu çünkü soruşturmayaya uğradığını ve görüşlerini açıkça ifade etme özgürlüğünün kovuşturma tehdidi ile sınırlandığını ileri sürmüştür<sup>71</sup>. Bu görüşe karşı çıkan Hükümet itirazını esasla ilişkilendiren ve başvuranın mağdurluk statüsünün belirlenmesinin Sözleşme m. 10 ihlali iddiası ile birlikte çözülmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>72</sup>.

Başvurucu, hakkında herhangi bir kovuşturma başlamamış olsa da, kendisinin m. 301 bağlamında sürekli bir kovuşturma tehdidi altında bulun-

<sup>63</sup> Akçam, parag. 66.

<sup>64</sup> Bir kişi ya da grubun kolektif yarar adına bir koruma ya da çare talep edebilmesi.

<sup>65</sup> Akçam, parag. 66.

<sup>66</sup> Akçam, parag. 27,28,29.

<sup>67</sup> Bu değişiklikler yukarıda belirttiğimiz üzere başta maddede yer verilen kavramlara ilişkin olmak üzere, aşağıda ele alınacağı üzere soruşturma şartı olarak Adalet Bakanı'nın izninin getirilmesi olarak özetlenebilir.

<sup>68</sup> 29 Nisan 2008 tarihinde yapılan değişiklik ve Hükümetin söz konusu bilgileri 2008 yılı içinde Mahkemeye sunduğu gerçekleri göz önüne alınacak olursa, bir kaç ay içinde yapılan 70 izin başvurusunun hiç de azımsanmayacak derecede olduğu saptamasını yapmak da mümkün olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Hükümet m. 301'de yapılan değişiklikten sonra 30 Eylül 2009 tarihine kadar Adalet Bakanlığı'ndan 955 izin talebinde bulunulduğunu, bunlardan 878'inin reddedildiğini, 77'sine ise izin verildiğini belirtmektedir.( Akçam, parag. 27, 29.)

<sup>69</sup> 193 dava ise yerel mahkeme kararının temyizde bozulması üzerine halen sürmektedir. (Akçam, parag. 28.)

<sup>70</sup> Akçam, parag. 30.

<sup>71</sup> Akçam, parag. 50.

<sup>72</sup> Akman, parag. 51.

masının Sözleşme m. 10 ihlali niteliğinde olduğunu belirtmiştir<sup>73</sup>. Bunun gerekçelerinden biri olarak ise, başvuru sahibinin kovuşturma tehdidinin etkisi ile Ermeni meselesi üzerindeki çalışmalarını sınırladığını ve başvuru tarihi olan Temmuz 2007'den beri bu konuda eser vermemiş olması gösterilmektedir<sup>74</sup>. Ayrıca AİHM'e göre geçmişte pek çok kişi Ermeni meselesini soykırım olarak nitelermeleri nedeniyle kovuşturmaya maruz kalmıştır ve Hükümet kendisinin de ileride bu konuda soruşturma ya da kovuşturma tehdidine maruz kalmayacağına garanti edemez<sup>75</sup>. Bunlarla birlikte Mahkeme, kişilerin somut bir müdahaleye maruz kaldığı yolundaki iddiasını destekleyecek durumda olmasa bile, Sözleşmenin ihlalini mağduru olduklarını iddia etme hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır<sup>76</sup>. Dolayısıyla Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün ihlali bağlamında mağdur statüsünü genişlettiği ve buna iç hukukta Sözleşme'nin ihlalinden kaynaklanan mağdurluk statüsünü de dahil ettiği belirtilmelidir.

Mahkeme başvuru m. 301 kapsamında kovuşturulup mahkum edilmemiş olsa bile, Ermeni meselesine ilgili görüşleri nedeniyle aşırı uçlardaki kişilerce kendisi hakkında yapılan suç duyurularının bir taciz kampanyasına dönüştüğü ve kendisini bu hükme göre yapılan suçlamalara yanıt vermek zorunda bıraktığı görüşündedir. Dolayısıyla bu hüküm henüz başvurucuya uygulanmamış olsa bile, gelecekte böyle bir soruşturmanın başlama olasılığının bulunmasının kendisinde stres, yakalanma ve kovuşturulma endişesi yarattığı kabul edilebilir. Ayrıca aynı gerekçelerle başvuru akademik çalışmalarını sınırlandırmak zorunda kalmıştır<sup>77</sup>.

Mahkeme m. 301 bağlamında haksız soruşturma ve kovuşturmaların önlenmesi bakımından Hükümet tarafından alınan önlemlerin yetersiz olduğu ve kişiler bakımından yeterli güvenceyi sağlamadığı kanaatinde<sup>78</sup>. Tek tek her somut olayda Adalet Bakanı'nın izninin alınması koşuluyla dayalı bir sistem kalıcı bir çözüm olarak görülemez ve bu düzenleme Sözleşme'ye yönelik benzer ihlallerin önlenmesi bakımından Sözleşme standartlarının Türk hukuk sistemince içselleştirilmesinin yerini alamaz<sup>79</sup>. Zira her ne kadar mevcut Hükümet döneminde ilgili hükümler uzun bir süredir uygulanmıyor olsa da, hükümet veya bu konudaki politika değişikliği durumunda başvuru sahibinin söz konusu hükümden doğrudan etkilenme riskiyle karşı karşıya olduğu söylenebilecektir<sup>80</sup>. Bu bağlamda Mahkeme Sözleşme m. 10 bağlamında başvuru

<sup>73</sup> Akçam, parag. 55.

<sup>74</sup> Başvurucuya göre bu durum Hrant Dink'in öldürülmesi gerçeği ile birlikte düşünülmelidir. (Akçam, parag. 57)

<sup>75</sup> Akçam, parag. 56.

<sup>76</sup> Akçam, parag.67. Bu düşünce daha önceden m. 8 ihlali bağlamında yapılan bir yargılamada da dile getirilmiştir (Klauss ve Diğerleri v. Almanya, parag. 38)

<sup>77</sup> Akçam, parag. 75.

<sup>78</sup> Akçam, parag. 77.

<sup>79</sup> Akçam, parag. 77. Kovuşturma için Adalet Bakanı'nından izin alınması hususu iki defa Anayasa Mahkemesi önüne de getirilmiş ve Mahkeme "İtiraz konusu kuralla ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmalıdır." gerekçesiyle itiraz üzerine önüne gelen hükmün iptali istemini reddetmiştir. (AYMK, E. 2009/25, K. 2009/57, 7.5.2009; AYMK, E. 2009/38, K. 2009/70, 3.6.2009) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**)

<sup>80</sup> Akçam, parag. 78; Mahkeme ayrıca paragraf 79'da Yargıtay'ın Türklük ve Türk Milleti kavramlarını yorumunu da eleştirmektedir. Buna göre AİHM, Yargıtay'ın Ermeni soykırımı iddiasını kabul etmeyen devlet organlarına yönelik eleştirilerin Yargıtay tarafın-

sahibinin ifade özgürlüğünü kullanmasına müdahalede bulunulduğu ve dolayısıyla mağdur konumunda olduğu görüşündedir.

AİHM'in bu aşamadan sonra incelediği nokta müdahalenin m. 10'da yer verilen kısıtlama koşullarına uygun olup olmadığı olmuştur. Bu inceleme kapsamında ise AİHM'in incelediği husus, AİHS bağlamında bir 'kanun'dan söz edilip edilemeyeceği olup, bu çerçevede Türkiye'de yürürlükte bulunan m. 301'in AİHS m. 10'da yer alan ve ifade özgürlüğüne ilişkin "kanunla sınırlama" koşulunu karşılayıp karşılamadığı inceleme konusu yapılmıştır. Bu noktadan hareketle yapılan inceleme dikkate alındığında karar, Türk Ceza Hukuku sisteminin ve m. 301'de tanımlanan suçun unsurları göz önüne alındığında tartışmaya oldukça açık olarak nitelendirilmelidir<sup>81</sup>. Zira bu bağlamda AİHM söz konusu m. 301 düzenlemesinin gerekli açıklıkta ve belirlilikte olup olmadığını incelemektedir<sup>82</sup>. AİHM madde metninde yapılan, özellikle Adalet Bakanının izni konusunda getirilen, değişikliğin her ne kadar kanun koyucunun keyfi kovuşturulmaları önlemeyi amaçladığına işaret ettiği kabul etse de, inceleminde bunu yeterli görmemektedir. Nitekim AİHM madde metninin değiştirilmiş şeklinin herhangi bir kişinin bir fiili nedeniyle ortaya çıkabilecek sonuçları makul sınırlar içinde öngörerek tutum ve davranışlarını buna göre ayarlamasına elverecek yeterlilikte bir netlik taşıyıp taşımadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir<sup>83</sup>. Mahkeme "Türklük" terimi yerine "Türk Milleti" teriminin kullanılmasına karşın, bu konuda Yargıtay anlayış ve yorumunun değişmemesinden bahisle bu kavramların uygulanması noktasında bir değişiklik ya da önemli bir fark olmayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla AİHM'e göre bu değişiklik ifade özgürlüğünün korunmasına daha kapsamlı bir koruma sağlamış olmamaktadır<sup>84</sup>. Mahkemeye göre m. 301 "kanun niteliğini" sağlamaktadır. Zira maddede AİHM'e göre kabul edilemez ölçüde geniş tutulan ifadelere yer verilmiştir ve bu durum ise olası sonuçlar konusunda öngörülebilirliği çok azaltmaktadır<sup>85</sup>. Ancak burada, maddede yer verilen ve yukarıda değindiğimiz eleştiri hakkının kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk nedeninin AİHM tarafından göz önüne alınması halinde, m. 301'in bahsi geçen "kanun niteliğini taşıma" koşulunu sağlar durumda olduğunu söylemek zor olma-

---

dan Türk Milletine veya Türklüğe hakaret olarak ele alınmasından duyduğu rahatsızlığı belirtmektedir. Bu konuda Arat Dink ve Seresyan hakkında verilen kararlar bakımından da yargının durumunun belirlenebileceği belirtilmektedir. (Akçam, parag. 79,80.)

<sup>81</sup> Selman Dursun, **A Short Critique of the Judgement of the European Court of Human Rights on Article 301 of the Turkish Penal Code**, Human Rights Review, C. 1, S. 2, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, Aralık 2011, s. 21.

<sup>82</sup> AİHS sisteminde ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların ancak kanunla yapılması mümkündür. Bu bağlamda bir kanun ulaşılabilir ve açık olmalıdır. Kanun bireylerin davranışlarını öngörebilmelerine olanak tanıyacak şekilde öngörülebilir olmalı ve bu bağlamda idari makamlar ya da yargıya aşırı takdir yetkisi tanıyacak şekilde bir belirsizlik taşımamalıdır. (Kaboğlu, **a.g.m.**, s. 220). İfade etmek gerekir ki kanunla konulan bu sınırlandırmalar aynı zamanda m. 10'da yer verilen sınırlama sebeplerine de aykırı olamayacaktır. Bu sınırlama sebeplerinin meşru bir amaca yönelmiş olması da aranmaktadır. Sınırlama sebepleri ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliği, düzenin savunulması, suçun önlenmesi, sağlığın, ahlakın ve başkalarının haklarının korunması, gizli belgelerin ifşasının önlenmesi veya yargının tarafsızlık ve bağımsızlığının zedelenmesinin önüne geçilmesidir. (Kaboğlu, **a.g.m.**, s. 220).

<sup>83</sup> Akçam, parag. 90-91.

<sup>84</sup> Akçam, parag.92.

<sup>85</sup> Akçam, parag. 95.



yacaktır<sup>86</sup>. Bize göre de, AİHM'in yaptığı incelemede yer alan, maddenin kanun niteliğini taşımadığı yönündeki tespiti ve bu bağlamda başvurusunun sürekli bir soruşturma tehdidi altında bulunduğu kabulü, söz konusu maddenin ifade özgürlüğü gibi son derece hassas bir konuya temas eder nitelikte olduğu yadsınamaz olsa da, eleştiriye açıktır. Nitekim, soruşturma tehdidi altında bulunulması hususu, bunun şikayete bağlı tüm suçlar bakımından geçerli olduğu ve bu bağlamda da şikayet hakkının kötüye kullanılması suretiyle kişilerin soruşturma tehdidi ile karşı karşıya bırakılmaları ihtimalinin mevcut olduğu göz önüne alınarak yorumlanmalıdır<sup>87</sup>. Kaldı ki maddenin kanun niteliği taşıması yönündeki eleştiri isabetli değildir.

## **II. Kusur**

Bu suç, kusurluluğu etkileyen haller bakımından bir özellik göstermez.

## **III. Suçun Özel Görünüş Biçimleri**

### **A. Teşebbüs**

Suçun maddi unsurları bakımından belirtilmesi gereken bir diğer husus ise bu suçun sırf hareket suçu niteliğinde olduğudur. Dolayısıyla suçun tamamlanması için bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu suç bir tehlike suçudur<sup>88</sup>. Bu açıdan suçla ortaya bir zarar da çıkması gerekmemekte; maddede sayılan değer ve kurumların aşağılanması yeterli görülmektedir. Bu açıdan suçun konusu bakımından ortaya somut bir tehlikenin çıkması da aranmamakta olduğundan, suç bir soyut tehlike suçu olarak nitelendirilebilir.

Aşağılamanın gerçekleştiği araca bağlı olarak teşebbüsün mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Hareketin bölünebildiği durumlarda teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmelidir. Bu açıdan aşağılamanın bir beyan ile gerçekleşmesi durumunda teşebbüs mümkün değilken, yazı ile ifade edilen aşağılama niteliğindeki eylemler bakımından teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir<sup>89</sup>.

### **B. İştirak**

Bu suç bakımından iştirak bahsinde söylenmesi gereken, suçun iştirak açısından bir özellik göstermeyeceğidir. Bu bağlamda suç iştirakin her türü ile işlenebilir niteliktedir<sup>90</sup>.

### **C. İçtima**

İçtima bakımından suç ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda ilk olarak üzerinde durulması gereken sorun tek bir fiille, maddede yer alan birden fazla değer veya kurumun aşağılanması bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği belirtilmelidir<sup>91</sup>. İkinci olarak ise zincirleme suçun da bu hüküm bakımından uygulanma alanı bulacağı belirtilmelidir.

---

<sup>86</sup> Dursun, **a.g.m.**, s. 22.

<sup>87</sup> Dursun, **a.g.m.**, s. 23.

<sup>88</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 240.

<sup>89</sup> Artuk, **a.g.m.**, s. 30.

<sup>90</sup> Artuk, **a.g.m.**, s. 31.

<sup>91</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 235; Senkeri, **a.g.m.**, s. 269.

#### IV. Soruşturma

Bu suç ile ilgili olarak soruşturma yapılabilmesi, Adalet Bakanı'nın iznine bağlı kılınmıştır. Maddenin 2008 yılında getirilen değişiklikten önceki halinde, bu türden bir izin şartı öngörülmemiş, bu da doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda, iznin yürütmenin bir organı olarak Adalet Bakanlığı'na verilmemesi gerektiği, zira Adalet Bakanı'nın siyasi bir kimliği de olması dolayısıyla tarafsızlığından bahsedilemeyeceği öne sürülmüş, ancak bunun yanında örneğin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilecek bir iznin de aynı şekilde uygun olmadığı dile getirilmiştir<sup>92</sup>. Bu bağlamda, Adalet Bakanı yerine, Adalet Bakanlığı'nı temsilen örneğin müsteşarın izin vermesi soruşturma yapılması için yeterli olmayacaktır<sup>93</sup>.

#### Sonuç

TCK m. 301, Türkiye hakkında AİHM tarafından verilen ifade özgürlüğüne ilişkin ihlal kararları da göz önüne alınacak olursa, TCK'nın son derece tartışmalı hükümlerinden birini oluşturmaktadır. Bu suç ile korunmak istenen hukuki değer, maddede yer verilen değer ve kurumların işleyişleri bakımından saygınlığı olduğu kabul edilmeli, ayrıca suçun konusu bakımından da yer verilen değer ve kurumların anlamlarının tespit edilmesinde daraltıcı yorum uygulanarak maddenin koruma kapsamı daraltılmamalıdır. Suçun unsurları ve maddenin düzenlenişi bakımından bir sorun tespit edilememekle birlikte, bu suç bakımından asıl problemleri noktayı uygulamanın oluşturduğunu belirtmek gerekmektedir. *Akçam* kararında AİHM'in katılmadığımız görüşü her ne kadar maddenin "kanun niteliğinde" olmadığı yönündeyseniz de, bize göre özellikle uygulamada dikkat edilmesi gereken aşamalı olarak iki husus bulunmaktadır. Bunlardan biri, soruşturma için Adalet Bakanı'nın izninin talep edilmesi hususunda, Cumhuriyet Savcılarının çekingen davranışları gerektiğidir. Bir diğeri ise, bu suçtan dolayısıyla yürütülen kovuşturmalarda, suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eden eleştiri hakkının, AİHM standartları bağlamında yorumlanması zorunluluğudur. Bu hususlara gereken özenin gösterilmesi durumunda, TCK m. 301 bağlamında ifade özgürlüğü alanında sorun teşkil edecek bir hususun bulunmayacağı kanaatindeyiz. 15.12.2012

<sup>92</sup> Artuk, **a.g.m.**, s. 33; Mahmutoğlu, **a.g.m.**, s. 7.

<sup>93</sup> Oysa ki mülga TCK m. 159 izin şartının Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirileceğini belirtmiş; Yargıtay ise bunu Adalet Bakanı'nın şahsının vereceği izinleri değil, Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın vereceği izinleri de kapsayacağını kabul etmiştir. (Y9.CD E. 1978/1069, K. 1978/1058, 9.3.1978) (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**)

### **KAYNAKÇA**

**Alpaslan, M. Şükrü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü**, Sahir Erman'a Armağan, Alfa Basımevi, İstanbul, 1999, s. 27- 35.

**Artuk, Mehmet Emin; Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:IV, Sayı:1, Yeditepe Üniversitesi Yayınları,2007, s 3-35.

**Can, Osman; "Kutsallar" ve Düşünce Özgürlüğü-TCK 301. Madde**, Ceza Hukuku Dergisi, , Sayı:5, Aralık 2007, s. 315-332.

**Dağlı, Yağız Ali; TCK 159. Madde Kapsamında İfade Özgürlüğü**, in: İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003, s. 149-158.

**Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 14. Baskı, Beta Yayınları, Ocak , İstanbul ,1995.

**Dönmezer, Sulhi Demokratik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi**, in: İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003, s.7-14.

**Dursun, Selman; A Short Critique of the Judgement of the European Court of Human Rights on Article 301 of the Turkish Penal Code**, Human Rights Review, C. 1, S. 2, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, Aralık 2011, s. 17-23.

**Erman, Sahir; Hakaret ve Sövme Suçları**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul, 1989.

**Finkelburg, Klaus Demokraside İfade Özgürlüğü**, Çev: Nihat Ülner, in: Düşünce Özgürlüğü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları: 3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayıncılık, Mayıs 1998, s.196-204

**Gemalmaz, Mehmet Semih; İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü**, Sahir Erman'a Armağan, Alfa Basımevi, 1999, İstanbul, s. 287-342.

**Gözübüyük, Abdullah Pulat; Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, Cilt:2, İstanbul, 1990.

**Janis/Kay/Bradley ; European Human Rights Law Text and Materails**, Second Edition, Oxford Publications, 2000.

**Kaboğlu, İbrahim Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları**, Çev: Nihat Ülner, in: Düşünce Özgürlüğü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları: 3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayıncılık, Mayıs 1998, s.205-233.

**Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

**Koca, Mahmut; Türk Ceza Kanunu'nun 159. Maddesi Üzerine Bir İnceleme**, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 435-472

**Mahmutoğlu, Fatih Selami; TCK'nın 301. Maddesini Tartışırken**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:8, Eylül 2006, s. 6-8.

**Önder, Aghan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, 1994.

**Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, , Ankara, 2011.

**Sancar**, Türkan Yalçın; "Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini" Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara,2006.

**Senkeri**, Tarık; **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

**Şen**, Ersan; Türk Ceza Kanunu Madde 301,Ceza Hukuku Dergisi,Yıl 2, Sayı 3, Nisan 2007, s. 7-22.

**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara,2010.

**Tanör**, Bülent **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969

**Ziya Paşa**, **İnsanların Düşünce Farklılıkları Göstermesi Rahmettir**, in: Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Ed. Bekir Berat Özipek, Cantekin Matbaası, Ağustos 2003,s. 99-106.

Kazancı İhtihat Bankası [www.kazanci.org](http://www.kazanci.org)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)