

TÜRK CEZA KANUNU'NUN 159. VE 312. MADDELERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN ANLAMI

*Yard. Doç. Dr. Türkan Yalçın SANCAR**

GİRİŞ

Avrupa Birliği'ne tam üyelik çabalarının yoğunlaştığı süreçte, Ulusal Programın hayata geçirilmesi bağlamında pek çok temel kanunda, özellikle de çok sıkıntılı ve hassas olan özgürlükler alanındaki mevzuatta değişiklikler ve ilave düzenlemeler yapma gereği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede 4709 Sayılı "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*"un 17 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra "Uyum Yasaları" üzerinde hızlı ve yoğun çalışmalar başlamış ve sonuçta üç paket ya da "uyum yasası" hukuk düzenimize girmiştir.

Birinci paket, 19 Şubat 2002 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4744 Sayılı "*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"dur. Bu Kanunda esas olarak TCK'nun 159. ve 312. maddelerinde, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinde, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 16. maddesinde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 107 ve 128. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.

İkinci paket, 9 Nisan 2002 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4748 Sayılı "*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*"dur. Bu Kanun'la getirilen yeni düzenleme ve değişiklikler ise, İl İdaresi Kanunu'nun 29. maddesinde, Basın Kanunu'nun Ek 1. ve 2. maddelerinde, Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde, Siyasi Partiler Kanunu'nun 101, 102 ve 103. maddelerinde, Dernekler Kanunu'nun 4, 5, 6, 34, 38 ve 43. maddelerinde, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 9, 17 ve 19. maddelerinde karşımıza çıkmaktadır.

Üçüncü paket ise 9.8.2002 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4771 Sayılı "*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*"dur. Bu

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

son pakette, ölüm cezasının savaş ve çok yakın savaş tehdidi halleri dışında kaldırılması ile ilgili çok önemli, ancak bir o kadar da tartışmalı ve uygulamada ciddi sorunlar yaratabilecek bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıca TCK'nun 159 ve 201. maddelerine ilaveler yapılmış, Dernekler Kanunu'nda, Vakıflar Kanunu'nda, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da, Basın Kanunu'nda, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda, Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu'nda ve Serbest Bölgeler Kanunu'nda değişiklikler veya yeni düzenlemeler ortaya çıkmıştır.

Bu Kanunlarla yapılan değişikliklerin kamuoyunda en çok tartışma yaratanları büyük ölçüde ceza hukuku alanına girmektedir. Elbette ki bu yeni düzenlemelerin ve bunların pratik sonuçlarının tümü ayrı ayrı irdelenip, iddia edildiği gibi, çağdaş gelişmelerle ve demokratik-hukuk düzenlerindeki özgürlük anlayışıyla paralellik gösterip göstermedikleri, Ulusal Programda taahhüt edildiği şekilde "özgürlüklerin sınırlarını genişletici" nitelikte olup olmadıkları tartışılabilir. Ancak bu kısa yazıda sadece Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. maddelerinde yapılan değişikliklerin etkisi ve anlamı üzerinde durulacaktır. Her iki madde de çeşitli nedenlerle, ama özellikle de Avrupa Birliği sürecinde kamuoyunun farklı kesimlerinde önemli tartışmaların merkezinde yer almışlardır.

I. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 159. MADDESİ

A. 4744 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

TCK'nun 159. maddesinin birinci fıkrasında cezalandırılan fiil "*Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif etmek*"tir. Bu fiilin cezası 4744 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilmeden önce "*bir seneden altı seneye kadar ağır hapis*" iken; değişiklikle bu ceza "*bir seneden üç seneye kadar hapis*" olarak belirlenmiş, yani cezanın gerek miktarında, gerekse türünde fail lehine önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu düzenleme, 159. maddenin İtalyan Ceza Kanunundaki karşılığı olan 290. maddeyle de uyumludur.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında cezalandırılan fiil ise "*Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövmek*"tir. Bu suçun cezası 4744 Sayılı Kanunla değiştirilmeden önce "*15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası*"¹

¹ 1999/4421 tarih ve sayılı Kanunla 23580 misli artırıldı.

iken, değişiklikle hapis cezası aynen muhafaza edilmiş ancak para cezası kaldırılmıştır.

Cezalarla ilgili olan bu yenilikler, “ceza kanunlarının zaman bakımından geçerliliği”² konusundan bağımsız olarak değerlendirilemez. Bir normun açık veya örtülü bir biçimde ilgası sonucu yerine bir başka normun geçmesi halinde kanunların birbirini izleyişinden söz edilir. Bu durum, daha önce yasak olmayan bir fiilin yasaklanmasında da söz konusu olur. Ceza kanunlarının birbirini izlemesinde temel ilke “geçmişe uygulanmazlık”tır. Yani ceza kanunları sadece yürürlüğe girmelerinden sonra işlenen fiillere uygulanabilirler. İkinci ilke “yürürlük ötesi uygulanmazlık”tır ve birinci ilkeyi tamamlar. Bunun anlamı da kanunun yürürlükten kalktıktan sonra işlenen fiillere uygulanamamasıdır. Bu iki ilke, ceza kanunlarının geçerliliğini yürürlükte buldukları zamanla sınırlamaktadır.

Ceza Kanunlarının birbirini izlemesini düzenleyen TCK’nun 2. maddesi şöyledir:

“İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. İşlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz. Eğer böyle bir ceza hüküm olunmuşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.”

Bu maddeden çıkan üç ayrı olasılık vardır:

a. Yeni bir suç yaratılmış olabilir. Yeni kanun daha önce var olmayan bir suç yaratmış olabileceği gibi, var olan bir normun kapsamını genişletebilir. Burada “aleyhteki kanunun geçmişe uygulanmazlığı” ilkesi geçerlidir.

b. Suç öngören bir norm yürürlükten kalkmış olabilir. Daha önce var olan bir suç tamamen ortadan kaldırılmış olabileceği gibi, var olan bir normun kapsamı, daha önce buna dahil olan fiillerin bir kısmı dışarıda bırakılarak daraltılabilir. Bu durumda da “lehte olan kanunun geçmişe uygulanabilirliği” ilkesi geçerlidir. Yürürlükten kaldırılan normun

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Francesco ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, Milano 1989, s. 91 vd. ; Ferrando MANTOVANI, *Diritto Penale*, Parte Generale, seconda edizione, Padova 1988, s. 113 vd.; Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 1998, s. 27 vd.

öngördüğü fiilin faileri artık cezalandırılmayacakları gibi, bunlar hakkında daha önce verilmiş olan mahkumiyet hükümleri de, kesin hüküm halini almış olsalar bile, gerek asli cezalar yönünden, gerek cezai nitelikteki sonuçları yönünden artık infaz edilemeyecektir.

c. Daha önce suç olan ve suç olmaya devam eden fiile uygulanacak müeyyide değişmiş olabilir. Eğer müeyyide yönünden aleyhe bir değişiklik varsa “geçmişe uygulanmazlık ilkesi”, lehe bir değişiklik varsa “geçmişe uygulanırlık ilkesi” söz konusu olacaktır.

Daha lehe olan kanun nasıl saptanacaktır?

Lehe olan kanunun araştırılması somut olarak, yani eski ve yeni kanunların somut olaya uygulanmasından doğabilecek bütün sonuçları karşılaştırmak suretiyle yapılmalıdır. Bu karşılaştırma sırasında sadece asli cezanın türü ve süresi değil, aynı zamanda fer’i cezalar, suça etki eden nedenler, suçun cürüm veya kabahate dönüşmüş olması, erteleme ve benzeri kurumların kabul edilmiş veya bunların şartlarının kolaylaştırılmış olup olmaması, kovuşturmanın şikayete, şahsi davaya bağlanmış olup olmaması gibi durumlar da dikkate alınır.³

Bu durumda 159. maddenin birinci fıkrasında yer alan suçun cezasını “1 yıldan 6 yıla kadar ağır hapis” olmaktan çıkarıp “1 yıldan 3 yıla kadar hapis” olarak belirleyen yeni düzenleme iki yönden failin lehinedir:

Bir yandan hapis cezasının üst sınırı aşağıya çekilmiş, diğer yandan bu cezanın niteliği “ağır hapis” olmaktan çıkarılıp “hapis” cezasına dönüştürülerek değiştirilmiştir. Gerçi alt sınırın aynı kalması dolayısıyla özellikle verilmiş ve kesinleşmiş olan hükümlerdeki cezalar yönünden pek önemli bir fark ortaya çıkacağını söylemek güçtür. Çünkü genellikle 159. maddenin uygulamasında verilen cezalarda 3 yılın üstüne çıkıldığı ender olarak görülmektedir. Buna rağmen yeni düzenleme 3 yılın üzerine çıkılarak verilmiş olan cezaların 3 yıla indirilmesini sağlaması ve cezanın niteliğinin değişmesi bakımından önemlidir. Daha önce hükmedilen ve 1 yıl ile 3 yıl arasında olan cezalar bakımından bir değişiklik olmayacak, sadece hapis cezasına dönüşmeleri sağlanmış olacaktır. Yeni düzenlemenin özellikle yargılaması devam eden veya henüz yargılanmamış olan fail lehine olan bir başka sonucu da “erteleme” bağlamında ortaya çıkmaktadır. CİHK’nun 6. maddesine göre ertelenebilecek olan cezalar “... bir yıla kadar ağır hapis veya iki yıla kadar hapis veya hafif hapis” cezalarıdır. Böylece 159. maddeye göre hüküm verilmesi sırasında diğer şartları da varsa erteleme kurumunun uygulanma imkanı daha da artmış olmaktadır.

³ Bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 30 ; Nur CENTEL, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001, s. 61-63.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında cezalandırılan fiil için öngörülen para cezasının kaldırılması da fail lehinedir ve geçmişe uygulanır.

B. 4771 SAYILI KANUNLA YAPILAN İLAVE

159. maddeyle ilgili üzerinde asıl düşünülmesi gereken ve kanun yapma tekniği açısından şaşırtıcı olan yenilik 4771 Sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen fıkradır. Buna göre; "*Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulanmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez*". Böylece eleştiri hakkının kullanımının fiilin suç sayılmasını, dolayısıyla cezalandırılmasını engellediği hususu açıkça kanun metnine girmiştir.

159. maddenin belki kendisiyle ilgili değil ama bugüne kadarki uygulaması konusunda yaşanan temel sorunun, "*eleştiri*" ile "*tahkir ve tezyif*" kastını ayırt etme noktasındaki güçlük ya da isteksizlik olduğu söylenebilir. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir uzantısı olan eleştiri hakkının kullanıldığı bir durumda zaten "*tahkir ve tezyif*" söz konusu olmaz, yani bir suçtan söz edilemez. Ancak, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde fiilin suç olmayacağı ortadayken ve bu herkes tarafından bilinen, apaçık bir şeyken, hatta bu ilavenin yapılması biraz da komik karşılırken, zannediyorum ki kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya iten nedenleri de göz ardı etmemek gerekir. Bu nedenler tahlil edilmeye çalışılırken de özellikle vurgu yapılması gereken konu, ceza hukuku ile politika arasındaki ilişkidir.

Bilindiği gibi, ceza hukuku bir yandan temel hak ve özgürlükleri korurken, diğer yandan da bunların sınırlandırılması işlevini görür. Böylece, siyasal iktidarların elinde çok önemli bir araç olan ceza hukuku, demokratik sistemlerde özgürlükçü bir yapıya bürünürken otoriter ve totaliter sistemlerde baskıcı bir kimlik sergileyebilmektedir.

Ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı siyasal gücün siyasal tercihlerine, bir başka ifadeyle, siyasal gücün niteliğine, amacına, ideolojik temelene, anayasal sistemine uygun olarak oluşturulur. Bu açıdan, ceza sorumluluğu ve ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı ile siyasal, toplumsal yapı arasında sağlam bir nedensellik vardır.⁴

Ceza hukukunun mevzuat ve içtihat olarak oluşturulmasında politik hedefler çok önemlidir. Dinamik bir biçimde sürekli olarak gelişen insan hakları alanındaki sancılar ve çıkmazlar derhal ceza hukukuna yansımakta,

⁴ Çetin ÖZEK, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", *İHFM*, Cilt LVI, Sayı 1-4, 1998, s. 37.

bu yansımalar bazen baskıcı bazen de özgürlükçü⁵ bir biçim alabilmektedir. Yansımalar sadece yasalar bazında kalmamakta, çoğu zaman yasalar değişmeden de yargı pratiğinde ciddi bir farklılaşma görülmekte ve kişi özgürlüklerini hayata geçirme konusunda çok önemli bir işlevi olan yargı, bu özgürlüklerin kullanımı konusunda son derece daraltıcı yorumlar yanında, özgürlükleri koruyan, kullanımını rahatlatan yorumlar da yapabilmektedir.

Devletin kendisini koruma refleksi arttıkça, koruma altına alınan varlıklar ve suç teşkil eden fiillerin sayısı da artar. Bir de yasaları uygulayanlar, yani yasaları yorumlamak durumunda olanlar, kendilerini devleti korumakla yükümlü görmeye başlarsa, kuralların uygulanma alanı da genişleyecek ve bu durum özgürlükler açısından ciddi bir tehdit oluşturabilecektir. Böylece kutsal bilinen, öyle tanımlanan kurum, kuruluş ve değerlere karşı yapılan her türlü eleştiriye karşı tahammülsüzlük artacaktır.

AB sürecinde niçin ısrarla 159. madde üzerinde durulmuştur? Sorun 159. maddenin kendisi miydi, yoksa 159. maddeyi uygulamak durumunda olanların değerlendirmelerinden kaynaklanan bir sorun mu yaşıyordu? Hoşa gidenele gitmeyen arasındaki yaklaşımlar, suç olanla olmayan arasındaki değerlendirmeleri de etkiledi mi?

TCK'nun 159. maddesi sadece hukuksal yaşam içinde değil, siyasal yaşam alanında da çok önem taşımaktadır. Siyasetteki değişim ve dönüşümlere, kısacası siyasetteki rüzgarlara ve özgürlükler alanındaki yasal ve de yorumsal yumuşama ya da sertliklere göre 159. maddenin uygulanmasında farklılıklar yaşanmaktadır. Bu nedenle, bu madde, ceza hukuku ile politika arasındaki ilişkinin irdelenmesi açısından üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir yerde durmaktadır. Çünkü bu maddenin uygulanması, devletin yapısına, özgürlüklerle bu özgürlüklerin sınırları arasındaki anlayış farklılıklarına göre biçimlenebilmektedir. Devletin yapısı, özgürlüklere, insan haklarına yaklaşımı, ceza hukukunun yasal ve pratik anlamda oluşturulmasında çok etkilidir. 159. maddenin her zaman çok konuşulan, çok oynanan bir madde olmasının nedenleri buralarda yatmaktadır.

159. maddenin metninde sayılan organ ve kurumlara, özellikle de devlet işlerini idare eden hükümete yönelik eleştiriler arttıkça ve bu eleştirilere karşı demokratik bir sistemde olması gereken müsamaha azaldıkça, maddenin uygulanması da daha sık gündeme gelmiştir. Oysa demokratik sistemlerde özellikle icra organı çok şiddetle eleştirilebilir, eleştirilebilmelidir. Devlete kutsallık payesi vererek onun çıkarlarını koruma

⁵ Ceza hukukunun politika ile ilişkisi ve devletin yapısına göre ceza hukukunun aldığı biçim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MANTOVANI, s. 15 vd.; Nevzat TOROSLU, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara 1987, s. 1 vd.; ÖZEK, s. 37 vd.

kaygısı, bireyi ve bireyin özgürlüklerini bir kenara bırakarak, ceza hukukunu baskıcı ve tehlikeli bir araca dönüştürebilir. Özgürlükleri koruma işlevine sahip olması gereken ceza hukuku, bir baskı aracına, özgürlükleri yok etme ve toplumu sindirme aracına da dönüşebilir. İşte 159. madde zaman zaman eleştiri hakkının, dolayısıyla düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımına karşı bir baskı aracı haline gelebilmiştir.

Devleti oluşturan kurum ve organların ve bunlarda görev alan şahısların kutsal, yanılmaz ve dolayısıyla eleştirilmez olduğu anlayışı, "demokratik hukuk devleti"nin değil, otoriter ve totaliter devletlerin bir özelliğidir. Demokratik hukuk devletini, diğer devlet tiplerinden ayıran ve ona özelliğini veren husus, devletin bütün kurum ve organlarıyla vatandaşların eleştiri ve denetimine tabi oluşu ve onların haklarına saygı gösterip teminat sağlamasıdır. Zaten Anayasa da , herhangi bir nitelikten bağımsız "salt devlet"i değil, "insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti"ni esas almakta ve düzenlemektedir; yani Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasada sayılan niteliklerden bağımsız bir devlet olarak değil, onlarla birlikte varlık ve meşruiyet kazanan bir devlet olarak ele alınıp değerlendirilmelidir. Bu niteliklerden sapma olarak ortaya çıkan uygulama ve gelişmelere dikkat çekmek, bunların giderilmesini istemek, aynı zamanda Anayasadaki "demokratik hukuk devleti"ni koruma ve geliştirme amacıyla belirlenen bir vatandaşlık ödevi olarak görülmelidir. Anayasada güvence altına alınmış olan düşünce özgürlüğünün asli işlevlerinden biri, bu tür eleştirilerin serbestçe dile getirilmesine imkan sağlamaktır. Şayet devlet kurum ve organlarının eylem ve işlemlerine yönelik eleştiriler sürekli ceza tehdidi altında olursa, düşünce özgürlüğü anlamını yitireceği gibi, demokratik hukuk devletinin gerekleri de ihlal edilmiş olur. Burada önemli olan doğrudan doğruya tahkir ve tezyif ile eleştiri arasındaki sınırları doğru bir şekilde belirlemektir.

Ayrıca eleştirinin her zaman yumuşak ve munis bir tarzda dile getirilmesini beklemek de, düşünce özgürlüğünün tarihsel anlamı ve asli işleviyle bağdaşmaz. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir çok kararında bu noktaya dikkat çekmiştir. Bu yöndeki içtihadın temelini oluşturan 1976 tarihli Handyside v. United Kingdom Kararı'na⁶ göre, "demokratik bir toplumun temel direklerinden birini, onun ilerlemesinin ve tüm insanların gelişmelerinin temel şartlarından bir tanesini oluşturan" düşünce özgürlüğü, "sadece hoşya giden ya da insanları tedirgin etmeyen veya kayıtsızlıkla karşılanan 'haber' veya 'fikirler' için değil, devleti veya

⁶ Bkz. Handyside Davası Kararı, 7. 12. 1976, Dizi A, No. 24, s. 23, prg. 49. (Karar metni için ayrıca bkz. Donna GOMIAN-David HARRIS, Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yorum ve İchtihatları, (çev. Orhan Kemal Cengiz), İstanbul 1998, s. 63-64).

halkın herhangi bir kesimini inciten, şoka sokan veya rahatsız eden haber veya fikirler için de söz konusu" dur.

O halde 159. maddeye yapılan bu ilave teknik açıdan son derece anlamsız ve bilinenin, olması gerekenin bir tekrarı olmakla birlikte, uygulamayla ilgili çok ciddi bir soruna da işaret etmekte, bu maddenin eleştiri hakkının kullanıldığı pek çok durumda devreye sokularak düşünceyi açıklama özgürlüğünün önünde bir engel olarak kullanıldığı vurgulanmakta ve bir uyarı yapılmaktadır. Bu durumun uygulamada nasıl algılanacağı zamanla anlaşılacaktır. Bir norma asıl anlamını veren yargı organı yine başka bazı hassasiyetleri ön plana çıkararak, eleştiri hakkının kullanımı kapsamında sayılması gereken bir çok düşünce açıklamasını ve eleştiriye suç sayabilir, hatta yasama organının yaptığı bu uyarı daha katı bir uygulamanın ortaya çıkmasını da sonuçlayabilir.

Ceza normunun yorumu konusunda ortaya çıkan yeni görüşler, bireyin sorumluluğu açısından önemli güvence olmuştur. Geleneksel anlayış kapsamında ceza normunun yorumu konusunda tek özellik kıyas yasağıdır. Günümüzde ise, kıyas yasağı yanında, "ceza normunun dar yorumu" ve "yargının takdir yetkisinin sınırlılığı" kuralları kabul edilmiştir. Yasalık anlayışı kapsamında, ceza sorumluluğunu genişletici her türden, her konuda genişletici yorum, "dar yorum" kuralına aykırıdır.⁷

II. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 312. MADDESİ

4744 Sayılı Kanun'un 2. maddesiyle Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Değişikliğin kapsamını ve anlamını kavrayabilmek için, maddenin önceki ve sonraki şeklini birlikte görmekte fayda vardır.

Değişiklikten önce 312. madde: " Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve ikibin liradan onbin⁸ liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçbin liradan onikibin⁹ liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik *umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde* faile verilecek *ceza* üçte birden yarıya kadar *artırılır*.

⁷ Bkz. ÖZEK, s.66.

⁸ 1999/4421 tarih ve sayılı Kanunla 393 misli artırıldı.

⁹ 1999/4421 tarih ve sayılı Kanunla 393 misli artırıldı.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311 nci maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır.

Değişiklikten sonra 312. madde: “Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı *kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde* düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar *hapis cezası verilir.*

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.”

Maddenin iki biçimi karşılaştırıldığında dikkati çeken hususlar şöyle sıralanabilir:

1. Birinci fıkrada suçun esasına ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamış, sadece bazı sözcükler Türkçeleştirilerek daha anlaşılır bir hale getirilmeye çalışılmıştır. Hapis cezasının miktarıyla ilgili olarak da bir değişiklik yapılmamış, fakat ağır para cezası kaldırılmıştır. Failin lehine bir durum yaratan bu değişiklik geçmişe uygulanabilecektir.

2. Asıl önemli değişiklik 312. maddenin ikinci fıkrasında yapılmıştır. Değişiklikten önce suçun basit şekli “*halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek*”, ağırlatılmış şekli ise bu tahrikin “*umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması*” idi. Değişiklikten sonra ise tahrikin “*kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde*” yapılmış olması suçun basit şekline dahil edilmiş, böylece **değişiklikten önce suçun ağırlatılmış şekli olarak karşımıza çıkan durum, değişiklikten sonra suçun basit şekli halini almıştır.** Yani artık, “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılmış olmayan” tahrikler suç sayılmayacaktır. Bu da 312. maddenin değişiklikten önceki birinci cümlesinde yer alan fiilin suç olmaktan çıktığı anlamına gelmektedir. Varılan sonuç bu olunca da, mutlaka ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen TCK’nun 2. maddesinden kaynaklanan hipotezlerden yararlanmak gerekecektir. Burada yukarıda değindiğimiz ikinci hipotez söz konusu olmakta ve suçun basit şekli kaldırılarak maddenin kapsamı daraltılmaktadır. Buna bağlı olarak, suçun basit şekline dayanılarak verilen mahkumiyet kararları tüm

sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacak,¹⁰ devam etmekte olan yargılamalarda davalar düşecek ve takibata başlanmamışsa artık başlanamayacaktır.

3. Değişiklikle ortaya çıkan bu önemli sonuçların yanında üzerinde durulması gereken bir başka konu, suçun niteliğinde özellikle maddi unsurun bir parçası olan “netice” bağlamında nasıl bir farklılığın ortaya çıktığıdır.

Bilindiği gibi suçun “netice”si¹¹ ile ilgili olarak yapılan ayırımlardan biri de, “zarar suçu”- “tehlike suçu” şeklindedir. Tamamlanmış sayılmaları için korunan varlık veya menfaatin tahrip edilmesi veya azaltılması gereken suçlar zarar suçları, buna karşılık tamamlanmış sayılmaları için korunan varlık veya menfaatin sadece tehdit edilmiş olmasının yeterli sayıldığı suçlar tehlike suçlarıdır. Tehlike suçları da kendi içlerinde ikiye ayrılırlar:¹²

a. Soyut tehlike suçları: Bu suçlarda hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratmış olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Tipte belirtilen hareketin yapılması veya yapılmaması ile, kanun koyucu korumak istediği suç konusunun tehlikeye maruz kaldığını kabul etmektedir. 312. maddenin değişiklikten önceki basit şekli bu anlamda soyut tehlike suçudur. Çünkü sadece tahrik oluşturabilecek davranışların yapılması yeterli görülmüş, bu tahrik sonucunda korunan hukuksal menfaatin bir tehlikeyle karşılaşp karşılaşmaması önemsenmemiştir.

b. Somut tehlike suçları: Hareketin suç konusu bakımından gerçekte bir zarar tehlikesi yaratmış olması şarttır; böyle bir zarar tehlikesi meydana

¹⁰ Eylemi suç olmaktan çıkaran ya da eylem suç olmaya devam etmekle birlikte cezayı azaltan yasanın yargılama aşamasından önce ve yargılama sırasında faile uygulanacağı konusunda bir tereddüt yoktur. Aynı şekilde TCK'nun 2/2. maddesinde “infaz”dan söz edilmiş olması nedeniyle, hüküm kesinleştiğinde ya da infaz başladığında ve hatta verilen hapis cezasının infazının tamamlanmasından sonra bu cezaya bağlı olarak verilen fer'i ve mütemmim cezalar bakımından da lehe kanunun geçmişe yürüyeceği noktasında bir tereddütün yaşanmaması gerekir. Fakat özellikle kesinleşmiş hükümler bakımından, lehe olan kanundan yararlanmanın nasıl gerçekleşeceği konusunda açık bir yasal düzenleme yoktur. Bu saptamanın yapılması asıl ceza muhakemesinde olduğu gibi bir “hüküm” kurmak şeklinde olmayacağından tali bir muhakeme yapılmalı ve CMUK'nun 402. maddesine göre, mahkumiyet hükmünü veren mahkemenin karar alınmalıdır. Bu karar duruşma yapılmadan verilen bir karardır ve temyize tabi değildir. Yargıçlık makamı kararı olduğundan bu karara karşı sadece acele itiraz (CMUK md. 405) kanun yolunu kullanmak mümkündür (Dar manada tali ceza muhakemesi ve bu bağlamda “mahkumiyet kararında değişiklik muhakemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1988, s. 965 vd., s. 987 vd.).

¹¹ Kavram hakkında bkz. ANTOLISEI, s. 198 vd.; MANTOVANI, s. 166 vd.; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 52 vd.; Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992, s. 46 vd.; Dario SANTAMARIA, “Evento”, in Enciclopedia del diritto, XVI, 1967, s. 118 vd.

¹² Bkz. ÖNDER, s. 53 vd.

gelmemiş ise, somut tehlike suçu da gerçekleşmiş olmaz. 312. maddenin 2. fıkrasının değişiklikten önceki ağırlatılmış şekli ile değişiklikten sonraki basit şekli bu anlamda somut tehlike suçudur. Çünkü hareketin korunan yararlar bakımından “tehlikeli olabilecek bir şekilde” yapılması aranmaktadır. Böylece, önlenmek istenen tehlikeyi yaratmaya elverişli olmayan eylem, “tipik” sayılmamaktadır.

O halde 312. maddenin önceki şekli hem soyut hem de somut tehlikeyi¹³ cezalandırırken, yeni şekli sadece somut-objektif tehlikeyi cezalandırmaktadır. Bu husus salt teorik düzlemde değil, pratik açıdan da çok önemlidir.

312/2. maddenin düşünce özgürlüğü ile yakın bağlantısı, tıpkı 159. maddeyle ilgili değerlendirmelerimizde vurgulamış olduğumuz gibi, somut olayı ve hükmü yorumlamakla görevli olan yargı organının tutumuna göre biçim almasına yol açmaktadır. Gerçekten de bir beyanın ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman sert bir eleştiri veya karşı çıkış ya da bir hakkın savunulması olduğu noktasında, yargının yorumu büyük önem taşımaktadır.

Demokratik çağdaş bir ceza hukukunda, tehlike suçlarında hukuksal yararın ihlali, eylemin önlenmek istenen netice açısından somut tehlike yaratmasına bağlı görülmektedir. Somut tehlike yaratmaya uygun olmayan eylem özellikle siyasal suçlarda, kişi özgürlüğünü sınırlayıcı, haksız cezalandırmalara yol açar.¹⁴ Bu nedenle 312. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve sadece soyut tehlikenin varlığını yeterli sayan hükmün kaldırılması ve somut tehlikenin aranması isabetli olmuştur. Ancak 312. maddenin yeni halinin düşünce özgürlüğüne bir rahatlık ve genişleme sağlayıp sağlamayacağını yine yargı pratiği belirleyecektir. Yargının “özgürlükleri daraltıcı yorum” yapma gibi bir tutuma girmesi halinde, normla uygulama arasındaki uçurum daha da açılacaktır. Bunun tersi bir tutumla ve daha dinamik bir yorumla yargı, maddede sözü edilen tehlikenin “açık ve yakın” olmasını da arayarak tehlikeyi somutlaştırabilir ve düşünce özgürlüğünün kullanımında önemli bir adım da atabilir. Bu adım, demokratik bir toplumda yaşama hakkına sahip olan insanımızın, söyleyeceği bir sözün ya da yazacağı bir yazının suç olup olmadığı noktasında neredeyse zaman zaman paranoyaya varan kaygılarını da bertaraf edebilecek, özgürlük ve özgürleşme bilincini de hızlandıracaktır.

¹³ 312/2. madde ile ilgili ayrıntılı bilgi ve netice bakımından suçun taşıdığı özellikler için bkz. Ahmet GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara 2001, s. 209 vd.

¹⁴ Bkz. ÖZEK, s. 30.