T.C.
Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

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

Abdulkadir KUTLUK
09904034

Danışman
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK

Diyarbakır 2019

T.C.
Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

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

Abdulkadir KUTLUK
09904034

Danışman
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK

Diyarbakır 2019

TAAHHÜTNAME

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 216/1)" adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

14/05/2019

Abdulkadir KUTLUK

T.C.

DİCLE UNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

DİYARBAKIR

Abdulkadir KUTLUK tarafından yapılan "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 216/1)" konulu bu çalışma, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda YÜKSEK LİSANS tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyesinin

Ünvanı Adı Soyadı

Başkan: Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK

Üye: Doç. Dr. Erdal YERDELEN

Üye: Dr. Öğretim Üyesi Neşe BARAN ÇELİK

Tez Savunma Sınavı Tarihi: 14/05/2019

Yukarıdaki bilgilerin doğruluğunu onaylarım.

.../...../2019

Prof. Dr. Nazım HASIRCI

ENSTİTÜ MÜDÜRÜ

(MÜHÜR)

ÖN SÖZ

Bir ifadenin, halkın bir kesiminin diğerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi mi yoksa bir hakkın kullanılması ya da bir haksızlığın etkili biçimde gündeme getirilmesi ya da sert bir eleştiri mi sayılacağı sorunu, çalışma konumuz olan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun temelini oluşturmaktadır.

Çalışmamızda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, doktrin ve uygulamada öne çıkan görüşler ekseninde ve özellikle kamu güvenliği ve barışının korunması ile ifade özgürlüğünün sağlanması değerleri bağlamında incelenmektedir.

Bir eylemin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturup oluşturmadığı belirlenirken doktrinde bu suç için hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebep olarak kabul edilen ifade özgürlüğü ve buna ilişkin Anayasa normları, Anayasa Mahkemesi kararları ile iç hukukumuzun bir parçası olan uluslararası normlar gözetilmelidir. Bu itibarla özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğüne dair hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğü konusundaki süregelen yorum ve içtihatları somut olaya uygulanmalıdır.

Bu tez çalışmasının hazırlanmasında her türlü katkı ve desteklerinden ötürü tez danışmanım ve değerli hocam Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK'e teşekkürlerimi ve şükranlarımı sunarım.

Abdulkadir KUTLUK

Diyarbakır 2019

ÖZET

Çağdaş hukuk devletlerinin birçoğu, kamu düzeni veya güvenliğinin sağlanması ve toplumsal barışın aksamadan korunması bakımından vatandaşları arasında, halkın belirli özelliklere sahip bir kesiminin diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik edilmesine karşı duyarsız kalmamış; halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu ceza kanunlarında düzenlemişlerdir. Bu suç, hukukumuzda Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır.

Çalışmamızda, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu incelenmiştir. İki bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde; halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu hakkında genel bilgilere yer verildikten sonra, suçun Türk hukukundaki gelişimi, korunan hukuki değer, suçla ilgili kavramlar ve bazı uluslararası belgeler ile ülkelerin mevzuatı açıklanmıştır. İkinci bölümde; genel kabul gören anlayışa göre suçun unsurları, hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirdiğimiz "Kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike" kavramı detaylı biçimde ele alınmıştır. Ayrıca bu bölümde; suçun nitelikli hâli ve en yaygın işlenme biçimi olan basın ve yayın yoluyla işlenmesi irdelenip özel görünüş şekilleri, soruşturma ve kovuşturma usulü ile yaptırımı üzerinde durulmuştur.

İncelenen suç, halkın sosyal sınıf ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek suretiyle işlenmektedir. Ancak kişinin düşündüklerini özgür bir ortamda ifade edebilmesi, demokratik toplumların varlığı için gerekli unsurlardan biri olduğundan suçun cezalandırılabilmesi için fıkrada belirtilen tahrikin kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarması aranmaktadır.

Anahtar Sözcükler

Kin ve düşmanlık, kamu güvenliği, açık ve yakın tehlike, tahrik, aleniyet.

ABSTRACT

Many of contemporary states governed by the rule of law, have not been insensitive to the conduct of provoking a group of people having certain features to be rancorous and hostile against another group within the society. Thus, in order to secure public order or safety, and to ensure the protection of social peace uninterruptedly, states criminalized the act of provoking people to be rancorous and hostile in their penal codes. This offence is laid down under paragraph 1 of article 216 of the Turkish Penal Code.

The offence of provoking people to be rancorous and hostile has been examined in this study. In the first section of the study all of which is two sections; after providing general overview of the offence of provoking people to be rancorous and hostile, historical development of the offence, the status of some international documents and countrys' legislations, protected legal value and the concepts indicated within the crime will be explained. Within the second section; the elements of the crime in line with commonly held views, its legal character and the concept of "Clear and imminent threat against public order" and objective punishability condition will be addressed in detail. Furtermore, in this section; emphasis will be put on committing the crime through press which is the qualified and mostly committed type of the offence, its particular appearances investigation and hearing procedures, and sanctions.

The offence in question is committed by openly provoking a group of people belonging to a different social class, religion, race, sect, or coming from another origin, to be rancorous or hostile against another group. However, since expression of the thoughts in a free environment is essential for the existence of democratic

societies, the threat to public security required in the second paragraph should be clear and imminent.

Keywords

Rancorous or hostile, public security, clear and imminent threat, provocation, publicity.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖN SÖZ ..... **I**
ÖZET ..... **II**
ABSTRACT ..... **III**
İÇİNDEKİLER ..... **V**
KISALTMALAR ..... **IX**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ, İLGİLİ KAVRAMLAR, ULUSLARARASI BELGELER, DİĞER ÜLKELERİN MEVZUATI

1.1. GENEL OLARAK **4**
1.2. SUÇUN TÜRK HUKUKUNDA TARİHİ GELİŞİMİ **6**
1.2.1. Genel Olarak 6
1.2.2. İslamiyet Sonrası Dönem 7
1.2.2.1. Tanzimat Öncesi Dönem 7
1.2.2.2. Tanzimat Sonrası Dönem 7
1.2.3. Cumhuriyet Dönemi 9
1.3. İLGİLİ KAVRAMLAR **15**
1.3.1. Genel Olarak 15
1.3.2. Ayrımcılık 15
1.3.3. Nefret Söylemi 17
1.3.4. Nefret Suçu 18
1.3.5. İfade Özgürlüğü 20
1.3.5.1. Genel Olarak 20
1.3.5.2. Bilgi Edinme ve Düşünme Özgürlüğü 22
1.3.5.3. Kanaat Sahibi Olma Özgürlüğü 23

1.3.5.4. Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü 24
1.3.5.5. İfade Özgürlüğünün Sınırları 24
1.4. ULUSLARARASI belgeler 28
1.4.1. Genel Olarak 28
1.4.2. Birleşmiş Milletler Antlaşması 29
1.4.3. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 29
1.4.4. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 31
1.4.5. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme 32
1.4.6. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 33
1.4.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 35
1.4.8. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Kararları 46
1.4.9. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları 48
1.4.9.1. Nefret Söylemi Konulu (97) 20 Sayılı Tavsiye Kararı 48
1.4.9.2. Medya ve Hoşgörü Kültürünün Geliştirilmesi Konulu (97) 21 sayılı Tavsiye Kararı 49
1.5. DİĞER ÜLKElerin MEVZUATI 49
1.5.1. Genel Olarak 49
1.5.2. Almanya 50
1.5.3. Fransa 53
1.5.4. İtalya 55
1.5.5. İsviçre 56
1.5.6. İspanya 57
1.5.7. Polonya 58

İKİNCİ BÖLÜM

HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU (TCK M. 216/1)

2.1. KORUNAN HUKUKİ YARAR 59
2.2. SUÇUN UNSURLARI 61
2.2.1. Tipiklik 61
2.2.2. Maddi Unsur 65
2.2.2.1. Fail 65
2.2.2.2. Mağdur 65

2.2.2.2.1. Halk 67
2.2.2.2.2. Sosyal Sınıf 69
2.2.2.2.3. Irk 72
2.2.2.2.4. Din 75
2.2.2.2.5. Mezhep 78
2.2.2.2.6. Bölge 81
2.2.2.3. Fiil 81
2.2.2.3.1. Genel Olarak 81
2.2.2.3.2. Kin ve Düşmanlık 84
2.2.2.3.3. Tahrik 85
2.2.3.3.4. Aleniyet 89
2.2.3.3.4.1. Genel Olarak 89
2.2.3.3.4.2. Hareketin Yapıldığı Yer 93
2.2.3.3.4.3. Hareketin Algılanabilme İmkânı 96
2.2.3.3.4.4. Hareketin Kapalı Bir Topluluk İçerisinde Gerçekleştirilmesi 100
2.2.3.3.4.5. Aleniyetin Hukuki Niteliği 101
2.2.3.3.4.6. Aleniyet ve İhtilat 103
2.2.3.3.5. Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik Etme 104
2.2.2.4. Suçun Konusu 106
2.2.3. Manevi Unsur 110
2.2.4. Hukuka Aykırılık 112
2.3. KAMU GÜVENLİĞİ AÇISINDAN AÇIK VE YAKIN TEHLİKE 119
2.3.1. Genel Olarak 119
2.3.2. Hukuki Niteliği 122
2.3.3. Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve İlgili Kavramlar 125
2.3.4. Açık ve Yakın Tehlike Testi 130
2.3.5. Kamu Güvenliği Açısından Açık ve Yakın Tehlikenin Ortaya Çıkması 134
2.3.6. Suçun Tamamlanma Anı 137
2.4. Suçun NİTELİKLİ HÂLi 140

2.5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ 144
2.5.1. Genel Olarak 144
2.5.2. Teşebbüs 144
2.5.3. İçtima 147
2.5.4. İştirak 149
2.6. SUÇUN MUHAKEMESİ ve YAPTIRIM 152
2.6.1. Soruşturma ve Kovuşturma 152
2.6.2. Yaptırım 156
SONUÇ 158
KAYNAKÇA 163

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
AGİT	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	Aktaran
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
B.	Başvuru
***Bas.* K**	5187 sayılı Basın Kanunu
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
c.	cümle
CD	Ceza Dairesi
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
E	Esas
EÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
e.t.	erişim tarihi
İÜ	İstanbul Üniversitesi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFY	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İÜY	İstanbul Üniversitesi Yayınları
K	Karar
m.	madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
MÜHF	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
No	Numara
S.	Sayı
s.	sayfa
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TBB	Türkiye Barolar Birliği
vb.	ve benzeri

vs.	ve sair
Y	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Toplum, insanın davranışlarını, inançlarını, ahlaki değerlerini ve çeşitli konulardaki düşüncelerini şekillendirdiği gibi insan da psikolojik hâlleri, fizyolojik ihtiyaçları ve çeşitli tutumları ile toplumdaki sosyal normları ve değerleri değişime uğratmaktadır. Bireylerin içinde bulundukları grupla bütünleşmeleri, normlar ve değerlerle uyuşmaları toplum yapısını oluşturmaktadır[1]. Toplum yapısının sürekli bir değişim içinde olması, beraberinde değişmez olarak görünen kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasında da değişimlere yol açmaktadır.

Toplum yapısı içinde, farklı sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölgelere mensup birey ve kesimlerin barış ve güven içinde yaşayabilmelerine, yani kamu güvenliğinin ve barışının korunmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Hukuk, toplumun farklı kesimlerini bu ayrımlara dayanarak birbiri aleyhine kin ve düşmanlığa sevk eden nefret söylemine ve tahriklere tepkisiz duramaz[2]. Dolayısıyla devletler ceza kanunlarında kendi toplum yapılarını gözeterek farklı birey ve kesimler arasında, kamu düzeni veya güvenliğini bozacak şekilde kin ve düşmanlık oluşturacak nefret söylemini ve tahriklerini suç olarak kabul etmişlerdir. Bu suç, hukukumuzda "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu" olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)[3] 216/1. maddesinde düzenlenmiştir.

Kamu düzeni ya da güvenliğini tehlikeye sokacak nefreti, ayrımcılığı, tahriki önleme noktasında, ihdas edilecek suçlar, alınacak tedbirler veya uygulanacak yaptırımlar, demokratik toplum gereklerine uygun olmalıdır. Demokratik toplumlar karşıt düşüncelerin kendilerine yaşam hakkı bulabildiği ölçüde çoğulcu bir yapıya

---

1 Sulhi Dönmezer, **Toplumbilim**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1994, s. 77.

2 Uğur Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi", **Hukuk Kurultayı 2000**, C. 2, Ankara Barosu Yayını, Ankara 14.1.2000, s. 20.

3 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

sahiptirler. Bu toplumlar, ayrımcılığı ortadan kaldırarak, farklılıkların varlığını koruyarak ve hoşgörü duygularını arttırarak birlikteliği sağlamakta ve bunları ilerlemenin vazgeçilmez kaynakları saymaktadır. Demokratik toplumlarda bireyin kendisini gerçekleştirmesi ve başkalarını algılaması bakımından ifade özgürlüğü büyük öneme sahiptir. İfade özgürlüğü, ancak bireyin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri özgürce seçebilmesi ve bunları serbestçe açıklayabilmesi ile sağlanabilmektedir. Bunun için de hukuki olanak ve güvencelere ihtiyaç bulunmaktadır[4]. Bu bağlamda ifade özgürlüğü diğer temel hak ve özgürlüklerle birlikte birçok ulusal ve uluslararası belgeye konu olmuş, ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Söz konusu belgelerde, devletlere ancak belirli koşullar altında ve sınırlı olarak ifade özgürlüğüne müdahale etme hak ve yetkisi verilmiştir.

Herkes için özgürlük, paylaşılan özgürlüktür; paylaşılan özgürlük ise hâliyle sınırlı olacaktır. Özgürlüklerin sınırlamaya tabi tutulması, bir yandan bunların kötüye kullanılmasının önlenmesi diğer yandan da herkesin yararlanabilmesi olanağı ve ortamının sağlanması içindir. Nitekim ifade özgürlüğünün de sınırsız olmadığı, istisna da olsa sınırlandırılmasının gerekeceği, özgürlüklerin tanınan özgürlükleri yok edici şekilde kullanılamayacağı ulusal ve uluslararası normlara konu edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle bir ifadenin ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman bir hakkın kullanılması veya bir haksızlığın aktif biçimde dile getirilmesi ya da ağır bir eleştiri sayılacağı sorunu önem arz etmektedir[5]. Sorun, ifade özgürlüğünün sınırları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla özgürlüğün sınırlarının aşılıp aşılmadığı tespiti gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir ifade, ulusal ve uluslararası normlarla güvence altına alınan ifade özgürlüğünün sınırları içinde kaldığı ölçüde hukuka uygun olacaktır. Burada ifade özgürlüğü, hukuka aykırılığı bertaraf eden bir fonksiyon üstlenmektedir.

Bir taraftan kamu düzeni veya güvenliğinin korunması diğer taraftan ifade özgürlüğünün sağlanması, böylece bu iki hukuki değerin dengeli biçimde demokratik

---

4 Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 13, 15.

5 M. Emin Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 554.

hukuk düzenine uygun hâle getirilmesi sorunu çalışmamızın konusu suçun temelini oluşturmaktadır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu çalışmamızda iki bölüm hâlinde incelenecektir. Yer yer kavramlar veya konular ile ilgili doktrin ve uygulamada öne çıkan görüşler sistemli biçimde aktarılacaktır. Ayrıca, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ile AİHM'in yorum ve içtihatlarından yararlanılacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde; TCK m. 216/1'deki suç hakkında genel bilgiler verildikten sonra, suçun Türk hukukundaki tarihi gelişimi hakkında açıklama yapılacaktır. Ardından suçla bağlantılı "ayrımcılık", "nefret söylemi", "nefret suçu" ve "ifade özgürlüğü" kavramları ile bazı uluslararası belgeler ve ülkelerin mevzuatı açıklanacaktır.

İkinci bölümde; doktrinde genel kabul gören anlayışa göre, suçun unsurları irdelenecektir. Suçun maddi unsurlarından "mağdur" incelenirken suç tipinde yer alan halk, din, sınıf, ırk, mezhep ve bölge kavramlarının bilimsel tanımları ile beraber doktrin ve uygulamadaki anlamları ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Ardından, maddi unsura dâhil olan fiilin içeriğini oluşturan kin, düşmanlık, aleniyet ve tahrik kavramları izah edilerek kanuni tanımdaki fiile bir bütün hâlinde bakılacaktır. Devamında, "hukuka aykırılık unsuru" başlığı altında, bu suç için hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilen ifade özgürlüğü, Anayasa'nın ilgili hükümleri nazara alınarak işlenecektir. Ayrıca bu bölümde; TCK m. 216/1'deki suç açısından somut tehlike olarak kabul edilen "kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması" durumunun suçun objektif cezalandırılabilme şartı mı yoksa suçun unsuru mu olduğu, diğer bir deyişle suçta yer alan tehlikenin hukuki niteliği hakkındaki görüşler tartışılacaktır. Bu tartışma ile birlikte, tehlikenin cezalandırılabilme şartı olduğu hakkındaki görüş ve kabulümüz doğrultusunda "açık ve yakın tehlike" olarak nitelenen tehlikeye ilişkin bilgilere geniş yer ayrılacaktır. Yine bu bölümde; suçun nitelikli hâli ve en yaygın işlenme biçimi olan basın ve yayın yoluyla işlenmesi irdelenip özel görünüş şekilleri, soruşturma ve kovuşturma usulü ile yaptırımı üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ, İLGİLİ KAVRAMLAR, ULUSLARARASI BELGELER, DİĞER ÜLKELERİN MEVZUATI

1.1. GENEL OLARAK

TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar"ı düzenleyen üçüncü kısmının beşinci bölümünü (213 ilâ 222. maddeleri) "Kamu Barışına Karşı Suçlar" oluşturmaktadır. İnceleme konusu suç, beşinci bölüm içerisinde, "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" başlığı altında 216. maddenin birinci fıkrasında yer almaktadır[6].

TCK m. 216/1'e göre; *"(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu"nun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli ise 218. maddede; *"Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz"* biçiminde ifade edilmiştir.

---

[6] TCK m. 216'nın birinci fıkrasında "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu", ikinci fıkrasında "Halkın bir kesimini aşağılama suçu" ve üçüncü fıkrasında ise "Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerden dolayı aşağılama suçu" düzenlenmiştir. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 5, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 6059.

Suç, fıkra metninde sayılan farklı özelliklerinden dolayı halkın bir kesiminin diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesiyle işlenmektedir. Ancak, failin cezalandırılabilmesi için tahrikin kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlikeye neden olması gerekmektedir.

TCK m. 216/1'deki suç, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun[7] 312/2. maddesinin karşılığı olarak düzenlenmiş olup, 312. maddenin 4744 sayılı Kanun'la[8] değiştirilmiş son metninden[9] kısmen farklılık göstermektedir. 4744 sayılı Kanun'la metne eklenen *"kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde"* ifadesine ilişkin tereddütleri gidermek ve suçun somut tehlike suçu niteliğini vurgulamak üzere, söz konusu ifade, *"kamu güvenliği için açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde"* şeklinde değiştirilmiştir[10]. Bunun dışında 312. maddenin ikinci fıkrasında yer alan *"kamu düzeni"* kavramının kapsamı daraltılarak -kamu sağlığını da içerdiğinden- *"kamu güvenliği"* yapılmıştır. Bu değişiklikle, ifade özgürlüğü daha fazla koruma altına alınmıştır. Başka bir anlatımla suçun oluşması için artık tehlikenin gerçekleşme olasılığı değil, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği aranacaktır. Ayrıca 312/2. maddesinde geçen *"düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik"* ifadesi içindeki "veya" bağlacı nedeniyle, suçun kurucu unsuru olan "kin" ile "düşmanlık" birbirlerinin alternatifi olarak değerlendirilmiş, herhangi birinin varlığı suçun oluşumu için yeterli görülmüştür. TCK m. 216/1'de *"kin ve düşmanlığa alenen tahrik"* ifadesinin kullanılmasıyla, "kin" ve "düşmanlık" birbirinin zorunlu unsuru, olmazsa olmaz koşulu olarak değerlendirilmiş ve böylelikle doktrindeki "veya" bağlacının suçun uygulama alanını kısmen de olsa genişlettiği yönündeki eleştiriler

---

7 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 13.3.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmî Ceride'de yayımlanmıştır.

8 6.2.2002 tarihli ve 4744 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 19.2.2002 tarihli ve 24676 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

9 312/2. maddeye (son hâli) göre; "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."

10 *Akkaş*'a göre, 4744 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe rağmen suç yine soyut tehlike suçu olarak kalmıştır. Şöyle ki, soyut tehlike suçlarında hareketin genel olarak korunan hukuki yararı tehlikeye düşürmeye uygun ve elverişli olup olmadığı gözetilir. Değişiklikle, hareketin "kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek şekilde" işlenmesi cezalandırılarak, bu açıdan hareketin tehlike oluşturmak için elverişliliği değerlendirilecektir. Bir tehlikenin oluşup oluşmadığına bakılmayacaktır. Ahmet Hulusi Akkaş, "İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 216/1)", **EÜHFD**, C. 1, S. 1, Kayseri 2006, s. 101.

ortadan kalkmıştır[11]. Ancak "kin" ile "düşmanlık" terimleri hemen hemen aynı anlama geldiklerinden 765 sayılı Kanun döneminde kanun koyucunun TCK m. 216/1'de aranan tahrikten daha az şiddetteki tahrikleri cezalandırmak istediği anlamını çıkarmak doğru değildir[12]. Ayrıca yaptırım olarak öngörülen hapis cezası aynen korunmuştur.

765 sayılı Kanun'un 312/4. maddesinin[13] 311/2. maddesine[14] yaptığı atıfla inceleme konusu suçta cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren hâller ayrıntılı olarak belirtilmişti. Buna göre, *"düşmanlık veya kin beslemeye tahrik"*, 311/2. maddesinde belirtilen araçlar veya şekillerle gerçekleştirildiği takdirde verilecek cezalarda artırıma gidilecekti. TCK'nın 218. maddesinde genel bir ifade tarzı ile suçun *"basın ve yayın yoluyla işlenme"* hâli, 216. maddede düzenlenen suçların da içinde bulunduğu bazı suçlar bakımından nitelikli hâl (ağırlaştırıcı neden) olarak öngörülmüştür. Diğer yandan, 765 sayılı Kanun'un 311/2. maddesinin üçüncü bendinde verilecek cezanın bir kat artırılması söz konusu iken 218. maddede belirlenecek cezanın yarı oranında artırılması hüküm altına alınmıştır.

1.2. SUÇUN TÜRK HUKUKUNDA TARİHİ GELİŞİMİ

1.2.1. Genel Olarak

Türk hukuk tarihi İslamiyet öncesi dönem, İslamiyet sonrası dönem ve Cumhuriyet dönemi olmak üzere üç bölümde ele alınmaktadır[15]. İslamiyet öncesi dönemde Türk hukukuna ilişkin kaynaklar yetersiz olduğundan TCK m. 216/1'deki suç ile ilgili inceleme yapılmamıştır. 940 yılında başlayıp 1926 yılına kadar süren yaklaşık bin yıllık İslamiyet sonrası dönemde, İslam hukuku ve bu hukukla bağlantılı

---

11 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 534; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6059.

12 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …,** s. 535.

13 312/4. maddeye göre; "Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır."

14 311/2. maddeye göre; "Tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır. Para cezası hükmolunacak hâllerde bu ceza suçun nev'ine göre ikibinbeşyüz liradan onbin liraya kadar ağır para cezası olmak üzere tayin olunur."

15 Halil Cin, Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s. 14.

örfi hukuk birlikte yürürlükte kalmıştır[16]. Aşağıda inceleme konusu suçla ilgili olarak İslamiyet sonrası dönem ve Cumhuriyet dönemi hakkında açıklamalar yapılacaktır.

1.2.2. İslamiyet Sonrası Dönem

1.2.2.1. Tanzimat Öncesi Dönem

Tanzimat öncesi dönemde hâkim olan hukuk, İslam hukuku ve bu hukukla bağlantılı olan örfi hukuktur. İslam ceza hukukunda devlet başkanlarının doldurmaları için bilinçli olarak geniş boşluklar içeren bir alan bırakılmıştır. Bu alan örfi hukuku meydana getirmektedir[17]. İslam hukukunun kaynakları Kur'an, sünnet, icma ve kıyastır. İslam ceza hukukunda had, kısas ve tazir şeklinde üç tür suç bulunmaktadır[18]. İslam hukuku kaynaklarında had ve kısas suçları açıkça belirlenmesine karşın tazir suçları belirlenmiş değildir. Tazir suçları, İslam dini tarafından açıkça yasaklanan, ancak yaptırımı belirlenmemiş eylemlerden veya devlet başkanı tarafından yasaklanmış eylemlerden oluşmaktadır[19].

İnceleme konusu suç, 19. yüzyıldan itibaren hukuk sistemlerinde yer almaya başladığından, Tanzimat öncesi dönemde bu suça benzeyen düzenlemelerin bulunmadığı ifade edilebilir[20]. Bunun yanında İslam hukukunda devletin birliğini bozmaya yönelen hareketler ile kamunun huzurunu sağlamaya yönelik çıkarılan kanun ve nizamnamelere muhalefet etme, taziren cezalandırılan fiiller arasında sayılmıştır[21].

1.2.2.2. Tanzimat Sonrası Dönem

Tanzimat'tan sonra, İslam hukuku ve örfi hukuk dışında belirlilik ilkesinin hâkim olduğu kanunnamelere dayanan hukuk sistemine geçilmeye başlanmıştır. Bu

---

16 Cin, Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 14.
17 Mustafa Şentop, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, İstanbul 2004, s. 13.
18 Şentop, **Tanzimat Dönemi …**, s. 18; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, 55, 56.
19 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, İstanbul 1961, s. 111; Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 28; Şentop, **Tanzimat Dönemi …**, s. 19.
20 Ahmet Gökcen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Cürmü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001, s. 39.
21 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 39.

dönemde, şer'i mahkemelerin yanında nizamiye mahkemeleri olarak adlandırılan mahkemelere de yer verilmiştir.

Tanzimat dönemiyle birlikte ceza hukukunda da gelişmeler yaşanarak din ve ırk ayrımı yapılmadan bütün yurttaşlara uygulanabilir yeni kanunlar hazırlanmıştır. 1839 (1255) tarihli Hatt-ı Hümâyûnu'nun okunmasından sonra 1840 (1256) tarihli Ceza Kanunname-i Hümâyûnu ile İslam hukuku ve örfi hukuk kuralları bir araya getirilmiştir. 1851 (1267) tarihli Kanun-ı Cedid ve 1858 (1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümâyûnu ile birlikte Tanzimat sonrası ceza hukuku oluşmuştur[22].

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümâyûnu'nun birinci babının "Devlet-i Aliyye'nin Emniyet-i Dâhiliyesini İhlal Eden Cinayet ve Cünhalar" başlıklı ikinci faslının 56, 57 ve 66. maddelerinde düzenlenen suçlar, inceleme konusu suçla bağlantılıdır. Hümâyûn'un 56. maddesinde, halkın silahlandırılarak bir diğeri aleyhine kavgaya tahrik ve teşvik edilmesi veyahut bazı yerlerde gasp, yağma ve kamuya zarar verecek fiillere yönelik fesat çıkarılması idamla cezalandırılmıştır[23]. 57. maddede ise bir önceki maddede de fesat olarak nitelenen eylemlerin işleniş biçimi ile bu eylemlere yapılan katkı yaptırıma bağlanmıştır[24]. Maddeye göre, halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden eylemlerin bir örgütle işbirliği yapılarak işlenmesi hâlinde fesat tahrikçileri ve örgüte liderlik eden idam; bu eylemlere katkı diğer üyeler ise fesadın ağırlık ve derecesine göre müebbet veya geçici olarak küreğe mahkûm edileceklerdir[25]. 1858 tarihli Hümâyûn'un 1916 (1332) tarihinde değiştirilen 66. madde metni TCK m. 216/1'deki suça benzerdir. Buna göre, halkı kanun nizam ve devlete karşı itaatsizliğe teşvik eden yazılar yazmak ve toplu

---

22 Erol Cihan, "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu", **İÜHFM**, C. XL, S. 1-4, İstanbul 1974, s. 99.

23 56. maddeye göre; "Her kim memalik-i mahruse ahalisini yekdiğeri aleyhinde silahlandırarak mukateleye tahrik ve iğraya veyahut bazı mahallerde gasp ve garet ve tahrib-i memleket ve katli nüfus ef'alini ikaa mütecasir olup kazıyei fesat tamamiyle fiile çıkar veyahut maddei fesadın icrasına başlanmış olur ise ol kimse kezalik idam olunur.", Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 40.

24 57. maddeye göre; "Balada muharrer 55 ve 56. maddelerde beyan olunan fesatlardan birini birtakım eşkiyle birlikte olarak icra eder veyahut icrasına tasaddi eyler ise o cemiyet-i şekavete dâhil bulunanlardan asıl reis-i eşkiya ve muharrik-i mefsedet olanlar her nerede tutulur ise idam olunup sairlerinden dahi mevki-i cinayette ahzü girift olanlar madde-i fesatta tebeyyün edecek cinayet ve methallerinin derecatına göre müebbeden veyahut muvakkaten küreğe vazolunur.", Köksal Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İÜHFY, İstanbul 1977, s. 62; Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 40.

25 Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku …,** s. 463, 502.

yerlerde bu şekilde konuşmalar yapmak suç sayılmıştır. Bu madde, 765 sayılı Kanun'un kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır.

1912 (1328) tarihli Tecemmuat Hakkındaki Kanun'un 7. maddesi inceleme konusu suçla ilgili başka bir düzenlemedir[26]. Bu maddeyle, nutuk söyleyerek veya matbu olan veya olmayan evrakı duvarlara yapıştırmak veya dağıtmak suretiyle halkı silahlı olarak veya silahsız biçimde toplanmaya tahrik etmek suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu evrakın içeriğini bilerek basılmasına veya duvarlara yapıştırılmasına veyahut dağıtılmasına katkı sağlayanların müşterek fail kabul edileceği de maddede belirtilmiştir.

1.2.3. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet döneminde, TCK'nın 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulanmıştır. 765 sayılı Kanun'un ikinci kitabının "Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler" isimli beşinci babının birinci faslında 312/2. maddesinde yer alan "halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu", ilk yürürlüğe girdiği tarihten TCK'nın kabulüne kadar üç defa değişiklik geçirmiştir. 4744 sayılı Kanun'la yapılan üçüncü ve son değişiklikle 312. maddeye nihai şekil verilmiştir. 312. maddenin Resmî Ceride'de yayımlanan ilk metni[27] tek fıkra olarak; *"Kanunun cürüm saydığı bir fiili alenen methedilmesi"*, *"Halkı kanuna itaatsizliğe tahrik"* ve *"Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik"* suçlarını bir arada bulundurmaktaydı[28].

---

[26] 7. maddeye göre; "Melci-i nasta iradı nutuk ederek yahut matbu veya gayrı matbu evrakı duvarlara yapıştırarak ya tevzi ederek halkı müsellah veya gayri müsellah tecemmüe tahrik eden mezkur cürümleri işleyenler gibi mücazaat olunur. Fakat bu tahrikin bir eseri fiilisi zuhur etmediği halde bir haftadan iki aya kadar hapsolunur. Bu kabil tahriki havi evrakı bilerek tabı yahut duvarlara talik ya tevzi edenler müşterek addedilir.", Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 63.

[27] 312/1. maddeye (ilk hâl) göre; "Kanunun cürüm addettiği bir fiili alenen meth ve istihsan eden ve halkı kanuna ademi itaata tahrik yahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse bir seneye kadar hapis ve yüz liraya kadar ağır cezayi nakdiye mahkûm olur."

[28] Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 97; M. Muhtar Çağlayan, **Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, C. II, Ankara 1970, s. 1065, 1066; Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması Hususi Kısım-Cürümler**, C. III, Ankara tarihsiz, s. 541.

6123 sayılı Kanun'un[29] 1. maddesiyle 312/1. maddesinde değişikliğe[30] gidilerek suç tipine dokunulmamış, hükümde fiiller arasında yer alan "ve" bağlaçları "veya" bağlaçlarına dönüştürülmüş, dil sadeleştirilmiş, "alenen" yerine "açıkça" kelimesi kullanılmış, hapis cezasının alt sınırı 3 ay ile sınırlandırılmış, para cezasına alt sınır getirilip miktarı artırılmıştır. Eklenen ikinci fıkrayla suçun neşir yolu ile işlenmesi nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir.

2370 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yapılan değişiklik[31] ile suçun uygulama alanı ifade özgürlüğü aleyhine genişlemiş ve ifade özgürlüğünü geniş şekilde koruyan mehaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 247. maddesindeki[32] orijinal kalıptan çıkılmıştır. Çünkü tahrikin *"umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda"* olması, daha önceden suç tipinde unsur iken değişiklikle suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir[33]. Böylece suç (m. 312/2 c. l) somut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, soyut tehlike suçu hâline getirilmiştir[34]. Zira suç sadece tahrik oluşturabilecek davranışların yapılması yeterli görülmüş, bu tahrik sonucunda korunan hukuki menfaatin bir tehlikeyle karşılaşıp karşılaşmadığına önem verilmemiştir[35]. Diğer yandan, umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek tarzda işlenen nitelikli hâlin (m. 312/2 c. 2) somut tehlike suçu olduğu konusu tartışmalara

---

[29] 9.7.1953 tarihli ve 6123 sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun 15.7.1953 tarihli ve 8458 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[30] Değişiklik sonrası 312/1. madde şu şekildedir: "Kanunun cürüm saydığı fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse üç aydan bir seneye kadar hapis ve 50 liradan 500 liraya kadar para cezasına mahkûm olur.
Yukarıki fıkrada yazılı suçları neşir yolu ile işleyenlere verilecek ceza bir misli artırılır."

[31] Değişiklik sonrası 312. madde şu şekildedir: "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 onbin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.
Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin liradan onikibin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.
Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli arttırılır."

[32] 247. maddeye göre; "Her kim; kanunun cürüm addettiği bir fiili alenen meth ve istihsan eder veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını emniyeti umumiye için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete teşvik eylerse üç aydan bir seneye kadar hapis ve elli liretten bin lirete kadar cezayı nakdi ile mücazat olunur.", Çetin, **Türk Ceza Kanunu**, s. 1065.

[33] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 305, 306; Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 413, 417.

[34] Türkan Yalçın Sancar, "Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı", **AÜHFD**, C. 52, S 1, Ankara 2003, s. 98.

[35] Sancar, "Türk Ceza …", s. 98.

yol açmıştır[36]. Ayrıca suç, 312. maddenin birinci fıkrasında bulunan diğer suçlardan ayırmak suretiyle ikinci fıkraya alınmış ve cezası artırılmıştır.

2370 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce 312. maddeyle, *"cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik"* hâli cezalandırılmaktaydı. Değişiklik sonrası, *"halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik"* suç hâline getirilmiştir. Metinde *"cemiyet"* yerine *"halk"*, *"cemiyetin muhtelif sınıfları"* yerine *"sınıf"* tabirleri kullanılmış ve yalnız "sınıf" farklılığı sebebiyle değil, "ırk, din, mezhep veya bölge" farklılığı gözetmek suretiyle kin ve düşmanlığa tahrik fiilleri de maddeye dâhil edilmiştir. Aslında, bu hükmün mehazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde[37] de *"cemiyetin muhtelif sınıfları"* tabiri kullanılmaktaydı. Fakat daha sonra bu suçun karşılığı olan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 415. maddesinde[38], *"cemiyetin muhtelif sınıfları"* yerine *"sosyal sınıf"* tabiri kullanılmıştır[39].

2370 sayılı Kanun değişikliğine kadar 312. maddede yer alan suç, "Sosyal sınıfları düşmanlığa tahrik suçu" olarak ifade edilmekteydi[40]. Değişiklikten sonra suç, genellikle, "halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik cürmü" olarak isimlendirilmiştir[41]. Yargıtay ise verdiği kararlarda, suç tipini genelde somut olayda isnat edilen fiile göre, "halkı bölge veya ırk farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik", "halkı din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etme", "halkı din farklılığı gözetmek suretiyle kin ve düşmanlığa tahrik etme" gibi

---

[36] Önder, **Türk Ceza …**, s. 418; Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 306; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 3, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 3165.

[37] Bu madde, sosyal sınıflar arasındaki düşmanlığı cezalandırmaktadır. Bu maddenin aslında bağlantılı olduğu 1822, 1835 ve 1848 sayılı Fransız Emirnamelerinde sırasıyla "Şahısların sınıfları", "Cemiyetin sınıfları", "Yurttaşların sınıfları" kinin tahrikini cezalandırdığından, konu hakkında İtalyan Ceza Kanunu yorumlayanlar her şeyden önce, Fransız doktrin ve mahkeme içtihatlarının yorumlarını göz önünde tutmaktadır. Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 112, 113.

[38] 415. madde metni için "Diğer Ülkelerin Mevzuatı" başlığına bkz.

[39] Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 100-103; Çetin Özek, "Türk İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı", **MHAD**, S. 1, İstanbul 1967, s. 28.

[40] Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 97; Özek, "Türk İtalyan …", s. 28; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 42; Çağlayan, **Notlu ve İçtihatlı …**, s. 1066; Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. III**, s. 543.

[41] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 7; Önder, **Türk Ceza …**, s. 413; Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 232.

ifadelerle isimlendirmektedir[42]. 2370 sayılı Kanun değişikliğinden önce suçun neşir yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı nedendi. Değişiklikten sonra, 312. maddenin üçüncü fıkrasının 311. maddenin ikinci fıkrasına yaptığı atıf sonucu, mevcut ağırlaştırıcı neden farklı ve ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır.

Anayasa'nın 14 ve 87. maddelerinde yer alan hükümler sebebiyle inceleme konusu suçun af yasağı kapsamında kalıp kalmadığı 4709 sayılı Kanun'la[43] yapılan değişikliğe kadar tartışılan bir konuydu[44]. Şöyle ki TBMM'nin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 87. maddesi 4709 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce madde metninde, *"Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere"* ifadesi de yer almaktaydı[45]. Bu ifade söz konusu değişiklikle madde metninden çıkartılmıştır. Ayrıca Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması" başlıklı 14. madde[46] hükmü ile yasak kapsamına alınması ve ceza yaptırımına bağlanması kanun koyucuya bırakılan fiil, inceleme konusu suçta tanımlanan fiile oldukça benzemekteydi. 4709 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 14.

---

[42] Y 8. CD, 10.11.2009, 2007/8169 E, 2009/140218 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017); Y 8. CD, 26.12.2003, 2003/13117 E, 2003/7907 K; Y 8. CD, 7.11.2002, 2002/9667 E, 2002/10406 K; Y 8. CD, 20.12.2000, 2000/18906 E, 2000/21422 K (Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. 4, Ankara 2009, s. 4393; 4394; 4397).

[43] 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun 17.10.2001 tarihli ve 24556 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[44] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 318.

[45] Değişiklik öncesi 87. madde şu şekildeydi: "Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde ön görülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir."

[46] Değişiklik öncesi 14. madde şu şekildedir: "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığının tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımını yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yola teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz."

maddesinde yapılan değişiklikle[47], suçun af yasağı kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalarına son verilerek TBMM'nin af yetkisine dâhil edilmiştir.

4744 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 312/2. madde bir kez daha değişikliğe[48] uğrayarak iki cümleden oluşan fıkra tek bir cümle hâlinde yeniden düzenlenmiştir. Maddenin yer aldığı beşinci babın başlığını oluşturan *"kamu düzeni"* ibaresi metne ilave edilmiştir. Ayrıca daha önce ikinci cümlede yer alan tahrikin *"umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek tarzda"* yapılması nitelikli hâl olmaktan çıkarılmış ve suçun kanuni tanımının içine alınmıştır. Bu durum, değişiklikten önce 312/2. maddesinin birinci cümlesinde yer alan fiilin artık suç oluşturmadığı sonucunu doğurmuştur. Böylelikle, suçun meydana gelmesi için sadece tahrikin bulunması yeterli görülmemiş, bu tahrikin *"kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde"* yapılması aranmıştır. 312/2. maddenin değişiklikten sonraki hâli bu anlamda somut tehlike suçu olmuştur[49]. Çünkü fiilin, korunan hukuki menfaat açısından *"kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde"* gerçekleştirilmesi aranmış; önlenmek istenen tehlikeyi yaratmaya elverişli olmayan fiil tipik sayılmamıştır[50].

4744 sayılı Kanun'un 312. maddede değişiklik yapan 2. maddesinin gerekçesinde[51] de, suçun, soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış olduğu, somut

---

[47] Değişiklik sonrası 14. madde şöyledir: "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.
Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.
Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."

[48] Değişiklik sonrası 312/2. madde şu şekildedir: "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."

[49] Sancar, "Türk Ceza …", s. 97; Hamide Zafer, "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m. 312/3)", **İÜHFM**, C. LXII, S. 1-2, İstanbul 2004, s. 221, 222.

[50] Sancar, "Türk Ceza …", s. 99.

[51] "Çağdaş demokratik ceza hukuku şu yolu veya stratejiyi uygulamaktadır: soyut (mücerret) tehlikeyi değil, somut tehlikeyi suç hâline getirmek, somut tehlike suçlarını kabul etmek ve değişik maksatlarla yapılan açıklamaları, gerçek unsurları itibariyle belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarmaları hâlinde cezalandırmak, yani zorunluluk hâllerinde tahriki cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakmak. Bu yaklaşım,-Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği bir ölçü ile-'açık ve mevcut tehlike'(clear and present danger) kavramına da uygundur… Maddenin ikinci fıkrası, yukarıda anılan ilke ve strateji doğrultusunda kamu düzeni ve toplumsal bütünleşmeyi korumak bakımından fiili, somut tehlike suçu hâline getirmiştir.", 4744 sayılı Kanun'un gerekçesi için bkz.

tehlike suçu hâline getirildiği belirtilmiştir[52]. Yargıtay da söz konusu değişiklikle suçun somut tehlike suçu hâline geldiğini kabul etmiştir[53]. Ayrıca değişiklikle, "açıkça" yerine "alenen" teriminin getirilmesi duraksamalara sebebiyet verilmemesi açısından yararlı olmuştur. Buna karşın önceki metinde yer alan *"kin ve düşmanlığa tahrik eden"* ifadesi yerine *"düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik eden"* ibaresinin getirilmesi, hem kullanılan "veya" bağlacı hem de seçilen sözcükler açısından suçun kapsamını genişletme eğilimi olarak değerlendirilmeye açıktır[54]. Fakat yine de madde, ifade özgürlüğünün korunması açısından eskiye nazaran daha iyi bir hâl almıştır. Böylece suç tipinin, mehaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndaki orijinal kalıbına dönüştürüldüğü ifade edilmiştir[55].

4778 sayılı Kanun'la[56] yapılan değişikliklere kadar 765 sayılı Kanun'un 312/2. maddesinden mahkûmiyet özel kanunlarda düzenlenen birtakım hak mahrumiyetlerine de neden olmaktaydı. Şöyle ki inceleme konusu suçtan mahkûmiyet, siyasi parti üyesi; milletvekili, belediye başkanı, belediye meclis üyesi ve il genel meclisi üyesi olmaya engel teşkil etmekteydi[57]. Suç için öngörülen bu hak mahrumiyetleri, 4778 sayılı Kanun ile ortadan kaldırılmıştır[58].

---

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c085/tbmm21085061ss0810.pdf (e.t. 3.9.2018).

52 Zafer, "Halkın Bir Kısmını …", s. 222.

53 YCGK, 23.11.2004, 2004/8-130 E, 2004/206 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6162). Bu karara ilişkin karşı oy yazısında; "4744 sayılı yasanın gerekçesinde, bu değişiklik sonrasında TCK'nın 312/2. maddesindeki suçun 'somut tehlike suçu' hâline geldiği söylenmekte ise de; bu maddenin yorumunda anılan gerekçeye dayanabilmek için, o gerekçenin madde metninde ifadesini bulması, yani metinden kopuk olmaması gerekmektedir. Oysa yeniden düzenlenen madde metninde tipiklik yönünden bir farklılık yaratılmamış, böylece değişiklik gerekçesi madde metnine yansıtılamamıştır" ifadelerine yer verilmiştir.

54 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 534.

55 Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6080, 6081.

56 2.1.2003 tarihli ve 4778 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 11.3.2003 tarihli ve 24990 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

57 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 11. maddesinin (b) bendi gereğince siyasi parti üyesi; 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinin (f) bendinde milletvekili; 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'un 9. maddesinde ise belediye başkanı, belediye meclis üyesi ve il genel meclisi üyesi olma koşulları düzenlenmiştir.

58 4778 sayılı Kanun ile 2820 sayılı Kanun ve 2839 sayılı Kanun'un 11. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler, 2972 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesine yaptığı atıf nedeniyle bu madde açısından da uygulama alanı bulmuştur.

1.3. İLGİLİ KAVRAMLAR

1.3.1. Genel Olarak

Bireyler veya toplumlar ırk, din, dil, mezhep, etnik köken, ten rengi veya ekonomik durum vs. yönlerden farklılıklar göstermektedirler. Bu farklılıklar nedeniyle bireylerin veya toplumun belirli kesimlerinin birbirlerine karşı, tahammülsüzlük ortamı içinde, nefret içerikli söylemlerle hoşgörüsüzlüğün hedefi hâline getirilmesi, ayrımcılığa tabi tutulması ve tahrik edilmesi yaptırımlara bağlanmıştır.

Nefret içerikli ifadeler, özellikle nefret söylemi ve ayrımcılık, ülkelerin mevzuatında nefret suçu, "ayrımcılık suçu"[59] veya "halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu"na benzer suçların düzenlenmesine sebep olmuştur. Ayrıca nefret söylemi, nefret içerikli ifadeler ve ayrımcılık ifade özgürlüğünün sınırlarının tespitinde önemli rol almıştır.

TCK m. 216/1'deki suçta incelenmesi gereken hususların başında suça şekil veren kavramlar gelmektedir. Bu suçun işlenmesinde, ayrımcı düşünceler etkili olmaktadır. Suç nefret söyleminin belirli bir görünümünü de ihtiva etmektedir[60]. Bunun yanında kullanılan bir ifadenin suçun kapsamına dâhil olup olmadığı da ifade özgürlüğü ile bağlantılı bir durumdur. Bu bağlamda suçun anlaşılabilmesi için "ayrımcılık", "nefret söylemi", "nefret suçu" ve "ifade özgürlüğü" kavramları incelenmelidir.

1.3.2. Ayrımcılık

Ayrımcılık, doktrinde; *"İsteyerek veya istemeyerek icrai veya ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu düşünülen kişilere bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması"* şeklinde ifade edilmiştir[61]. Ayrımcılık kavramı eşitlik ilkesinden

---

59 "Ayrımcılık" suçu TCK m. 122'de düzenlenmiştir.

60 Aras Türay, **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 22.

61 Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan (Der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 139; Joseph P. Doherty, "Toward A Definition of Discrimination",

hareketle ortaya çıkmıştır. Ayrımcılık kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle ayrımcılık ve eşitlik arasındaki ilişki incelenmelidir. Ayrımcılık, genelde bir yasak olarak görülmekte ve bu yasak eşitliğin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır. Eşitlik, kişilere tanınmış bir hak olarak, onları keyfi müdahalelere karşı koruyan, demokrasi ve hukuk devletinin önemli bir unsur, anayasal bir buyruktur. Eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi veya ayrımcılık yapılmamasını öngörür. Dolayısıyla ayrımcılığın olmadığı durumlarda eşitlik söz konusudur. Eşitlik, kişiler arasında ayırım gözetilmemesini gerektirir[62].

Kişiler, konumları, özellikleri ve ihtiyaçları bakımından farklılıklar gösterir. Aynı veya farklı durumda olup farklı ihtiyaçlara sahip kişilere aynı veya farklı şekilde davranılıp davranılmadığına göre eşitliğin şekli ve maddi boyutları ortaya çıkar. Şekli eşitlik, aynı durum ve şartlara sahip olanların aynı kategoride değerlendirilmesidir. Şekli eşitlik anlayışına göre, aynı konumdaki kişi veya gruplar arasında ayrımcılık yapılmamaktadır. Ancak şekli eşitlikte, farklılıklar ve bunlardan kaynaklı ihtiyaçlar göz ardı edilir[63]. Buna karşın gerçek manada eşitliğin sağlanabilmesi için toplumdaki farklılıkların da göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmuştur[64]. Bu nedenle, şekli eşitlik gerçek manada eşitliğin sağlanmasında yetersizdir. Bu görüşe göre eşitliğin fiilen sağlanmasını ön planda tutan, maddi anlamda eşitliği benimsemektedir. Maddi eşitlik, farklı durum ve şartlarda bulunanlara farklı muamele yapılmasını öngörmektedir. Burada farklılıkları nedeniyle dezavantajlı durumda olan kişilere, mevcut eşitsizliklerinin giderilmesine yönelik olarak pozitif manada farklı muamele yapılmaktadır[65].

Kişi veya gruplar ırk, renk, din, mezhep, dil, etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, zihinsel veya fiziksel engellilik ve benzeri özelliklere dayalı olarak ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Devletin ayrımcılık yasağı kapsamında, kişi ve grupların bu özelliklerine dayalı olarak hem ayrımcılık yapmaması negatif

---

Washburn Law Journal, C. 12, 1972 s. 29; Charles E. Clark, "Definition of Discrimination: Employers' Hiring", **Mercer Law Rewiew**, C. 19, 1968, s. 334.

62 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı …", s. 137, 139.

63 İdil Işıl Gül, "Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü", **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan (Der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 267.

64 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı …", s. 138.

65 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı …", s. 138.

yükümlülüğü hem de kişi ve gruplara ayrımcılık yapılmasını engellemesi pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır[66].

1.3.3. Nefret Söylemi

Nefret, sözlükte; *"Bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu; tiksinme, tiksinti"* olarak tanımlanmıştır[67]. Bu kavram, çoğu zaman öfke-korku, aşağılama, hakaret, küçümseme, incitici ve küfür içeren ifadeleri tanımlamak için kullanılmaktadır. "Nefret söylemi" ifadesinden geçen "nefret" kelimesi, biyolojik ve çevresel faktörlerin etkisi ile insanda oluşan aşırı kızgınlık veya negatif dürtülerin baskın olduğu ruh halini belirtmektedir[68]. Bu kelimedeki güçlü, olumsuz duygu söz konusu ifadelerin suç hâline getirilmesine yol açmaktadır[69].

Nefret söylemi, kısaca, söylemin ırk, din, etnik kimlik ve cinsel yönelim hedef alınarak saldırı amaçlı kullanımı şeklinde tarif edilmiştir[70]. Bu söylem daha geniş bir anlamda, *"Belirli özellikleri ile tanımlanan gruplara yönelik beslenen önyargı ve nefret kaynaklı bu gruplara ve bunların üyelerine yönelik aşağılama, hakaret etme, alay etme, kötüleme, küçümseme içeren incitici ve saldırganlık içeren sözel ve görsel bütün ifade formları"* biçiminde tanımlanmıştır[71].

Nefret söyleminde abartma, çarpıtma, nefrete, düşmanlığa veya şiddete tahrik etme, doğal bir kimlik öğesini aşağılama unsuru olarak simgeleştirme biçiminde kategorilere yer verilmiştir[72]. Abartma veya çarpıtma, bir kişi ya da olaydan hareketle bir toplulukla ilgili negatif genellemeleri, çarpıtmaları veya abartmaları belirtmektedir. Nefrete, düşmanlığa veya şiddete tahrik, bir topluluk hakkında düşmanca çatışmayı çağrıştıran ifadelerin kullanılmasıdır. Doğal bir kimlik öğesini

---

66 Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 25.

67 Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, https:/tdk.gov.tr/ (e.t. 17.2.2019).

68 İlhan Bulut, **Nefret Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 103.

69 Cennet Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 38, Kütahya 2013, s. 187.

70 Ceren Sözeri, "Yazılı Basında Nefret Söylemi ve Mücadele Yolları", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Yasemin İnceoğlu (Der.), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, s. 205.

71 Uslu, "Nefret Söylemi …", s. 188. Nefret söyleminin karşılaştırmalı hukuktaki tanımları için bkz. Rick Tepker, "Hate Speech", **Oklahoma Bar Journal**, C. 88, S. 14, 2017, s. 943; Asaf Fisher, "Regulating Hate Speech", **UTS Law Rewiew**, C. 21, 2006, s. 21, 22; Robert Post, "Legitimacy And Hate Speech", Consttional Commentary in Symposizm, **Hate Speech and Political Legitimacy**, C. 32, S. 3, 2017, s. 653.

72 Sözeri, "Yazılı Basında Nefret Söylemi …", s. 209.

aşağılama unsuru olarak simgeleştirme ise doğal bir kimlik öğesinin nefret ve aşağılamaya yönelik olarak kullanılması veya simgeleştirilmesidir[73].

Nefret söylemi ırkı, dini, mezhebi, sınıfı, dili, ten rengi, etnik kökeni, cinsiyeti, cinsel yönelimi gibi belirli özellikleri nedeniyle kişi veya gruplara karşı saldırı biçiminde gerçekleşebilmektedir. Nefret söylemiyle kişi veya grupları incitmek, sindirmek, küçük düşürmek, alçaltmak; bu kişi veya gruplara karşı kin veya düşmanlığa tahrik etmek veyahut tarihsel bir olayı reddetmek hedeflenmektedir[74]. Nefret içeren sözleri sarf eden kişinin kötü niyetli olması, söylemin tehlikeliliği ve yol açabileceği muhtemel zararlar nedeniyle nefret söylemi sınırlamaya tabi tutulabilmektedir[75].

Temelinde bir ifade söz konusu olduğundan nefret söylemine ilişkin bir düzenleme veya sınırlama getirilmek istendiğinde, bu söylem ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkinin de gözetilmesi gerekmektedir. Söz konusu ilişkide, nefret söyleminin ifade özgürlüğünün sınırları dışında kaldığı fikrine karşın bu söylemin ifade özgürlüğünün kapsamında olduğu iddia edilmiştir. Birinci görüş, kişi veya grupların belirli özelliklerinden dolayı korunması ve eşitliğin sağlanması için nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında kalmaması ve sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. İkinci görüş ifade özgürlüğünün önemini ön plana çıkararak kişilerin kendilerini ve kültürlerini ifade edebilmeleri için nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında kalması gerektiğini ileri sürmektedir. Fakat nefret söyleminin temel hak ve hürriyetlerle çatıştığı, hakkın kötüye kullanımını teşvik ettiği ve bu nedenle nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında yer almaması ve sınırlandırılmaya tabi tutulması gerektiği yaygın biçimde kabul görmektedir[76].

1.3.4. Nefret Suçu

Nefret suçu, doktrinde; *"Irk, etnik kimlik, milliyet, din, dil, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, fiziksel veya zihinsel engellilik ve bunun gibi mağdurun veya mağdurların sahip olduğu ve değiştirilemez nitelikteki belirli bazı özellikler sebebiyle*

---

[73] Sözeri, "Yazılı Basında Nefret Söylemi …", s. 209.
[74] Serra Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s. 8.
[75] Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 43.
[76] Akt. Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 36, 40.

işlenen suçlar" olarak tarif edilmiştir[77]. Nefret suçu kavramı, 1960'lı yıllarda Amerika'da Yahudilere ve siyahlara yönelik saldırıları engellemek amacıyla ortaya çıkmıştır[78].

Bir fiilin nefret suçu olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bu fiilin ceza kanununda suç olarak tanımlanması gerekir. İkinci olarak bu suç, hedef olarak seçilen kişinin belirli bir gruba aidiyetinden veya bu grupla olan ilişkisinden kaynaklanan önyargı saikiyle işlenmelidir[79]. Nefret suçu, kişinin mensubu veya ilişkili olduğu grubun sahip olduğu bazı karakteristik özellikler nedeniyle işlenmektedir. Karakteristik özelliklerin nefret suçu ile koruma altına alınabilmesi için bu özelliklerin değiştirilemez bir nitelik taşıması, bir grup kimliğinin olması, sosyal ve tarihsel bir bağlamının bulunması gerekir[80]. Bu bağlamda sıklıkla veya nadiren korunan karakteristik özellikler; kişinin mensubu veya ilişkili olduğu grubun ırk, milliyet, etnik köken, dil, din, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik, malvarlığı, eğitim, sosyal statü gibi özelliklerdir. Nefret suçuna ilişkin düzenlemelere bakıldığında evrensel olarak, ırk, din, milliyet ve etnik köken bakımından kişi veya grupların koruma altına alındığı görülmektedir. Sıklıkla; cinsiyet, cinsel yönelim, dil, zihinsel veya fiziksel engellilik; nadiren ise yaş, malvarlığı, eğitim, sosyal statü gibi karakteristik özelliklere sahip grupların korunduğu anlaşılmaktadır[81].

Nefret suçu, eşitlik ilkesinin açık bir ihlalidir. Bu suçun işlenmesinde ayrımcılıktan kaynaklı etkiler vardır. Nefret suçu, ayrımcılığın bir yansımasıdır. Bu nedenle ayrımcılık ve nefret suçları aynı şeyleri ifade etmemektedir[82].

---

77 Asuman Aytekin İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Yasemin İnceoğlu (Der.), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, s. 103, 104.

78 Hakan Ataman, "Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Yasemin İnceoğlu (Der.), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, s. 59; Ceren Ezgi Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 17; Bulut, **Nefret Suçları**, s. 34, 51.

79 Aytekin İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı …", s. 104, 106.

80 Bulut, **Nefret Suçları**, s. 30, 31.

81 Bulut, **Nefret Suçları**, s. 114, 117, 128.

82 Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 55.

Nefret suçu ile nefret söylemi farklı kavramlardır. Nefret söylemi belirli bir içeriğe sahip olduğu durumda suç olarak kabul edilmiştir. Nefret suçu önyargı saikiyle işlenir. Suç işlenmeden önce veya işlenmesinden hemen sonra veyahut suçun işlenmesi sırasında yapılan ve nefret söylemi içeren açıklamalar, nefret suçunu oluşturan önyargı saikinin varlığını ispatta kuvvetli delil niteliğindedir[83].

1.3.5. İfade Özgürlüğü

1.3.5.1. Genel Olarak

İfade özgürlüğü kavramı doktrinde çok tartışılmıştır. Bir tarife göre, ifade özgürlüğü, insanın bilgi kaynaklarına özgürce ulaşarak fikir edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmama ve bu fikirleri meşru yollardan açıklayabilme imkân ve serbestliğidir[84]. Diğer bir tanıma göre, ifade özgürlüğü, düşünce ve kanaatleri söz, yazı ya da farklı araçlarla başkalarına aktarabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme ve kendi tercihleri doğrultusunda davranışlarda bulunabilmektir[85].

İnsan hak ve özgürlükleri içinde ifade özgürlüğü, imtiyazlı bir yere sahiptir. Düşünceye verilen önemden ötürü diğer özgürlüklerin birçoğu ifade özgürlüğü temelinde düzenlenmişlerdir. Başka bir deyişle diğer özgürlükler bakımından ifade özgürlüğü, kaynak özgürlük niteliğindedir. Birçok özgürlük, ifade özgürlüğü için aracı bir işlev görmekte, buna karşın ifade özgürlüğü, diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı için besleyici bir rol oynamaktadır[86]. "Din ve vicdan özgürlüğü", "bilim ve sanat özgürlüğü", "basın ve haberleşme özgürlüğü", "toplanma ve dernek kurma özgürlüğü", ifade özgürlüğünün doğal uzantısı niteliğinde olup ifade özgürlüğünden ayrı düşünülemezler.

---

83 Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 52, 55; Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi …**, s. 21, 22.

84 Adnan Küçük, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 14; Fazıl Hüsnü Erdem, "Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi", **ABD**, S. 1, Ankara 1998, s. 9; Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İÜHFY, İstanbul 1978, s. 29.

85 Tanör, **Siyasi …**, s. 15. İfade özgürlüğünün karşılaştırmalı hukuktaki tanımları için bkz. Vicente V. Mendoza, "Courts and the Press Patners For Good Goverment", **Philippine Law Journal**, C. 85, 2011, s. 988; Thomas F. Caroll, Evolution of the Theory of Freedoom of Speech and of the Press", **Georgetown Journall**, C. 11, 1922-1923, s. 29.

86 Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 11; Mustafa Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 37, 38; Süleyman Dost, **Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye**, Fakülte Kitabevi, Isparta 2001, s. 17.

İfade özgürlüğü, kişinin ve toplumun maddi ve manevi alandaki gelişiminin temel şartı ve kaynağı olarak görüldüğünden, uygar ülkelerin kültürel, toplumsal, ekonomik ve siyasal gelişimin ana dinamiği olarak kabul edilir[87]. Diğer hak ve özgürlüklerin temeli olması itibariyle de anayasal demokrasilerin ve uygarlıkların başlıca değerlerinden biridir. Kısaca demokrasilerin "olmazsa olmaz" koşuludur. Çünkü kamusal tartışmaların varlığı ve toplumdaki kanaat oluşumu, ifade özgürlüğünü gerekli kılar. Fikirlerin serbestçe ifade edilemediği bir toplumda, kamusal sorunların doğru biçimde çözümü için gereken tartışma ve müzakere ortamının oluşturulması mümkün değildir[88]. Başka bir deyişle demokrasilerde kimin haklı, neyin doğru olduğuna karar verilebilmesi, toplum için ortak iyinin bulunabilmesi, fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesine ve kamu makamlarının beğenilmeyen icraatlarının eleştirilebilmesine bağlıdır[89]. Bu itibarla ifade özgürlüğü, bir devletin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması bakımından büyük öneme sahiptir. Demokratik bir devlette yaşayan herkesin; yönetime katılması, yöneticilerin seçimi, denetlenmesi, eleştirilmesi gibi hususlarda aynı düşüncelere sahip olması beklenemez. Yöneticilerin serbestçe eleştirilmesi ve seçimlerin serbest ortamda yapılması bu özgürlükle mümkündür[90]. Bunun yanında yöneticileri seçme yetkisine sahip olan kişilerin, kendi isteklerini yöneticilere ulaştırabilmeleri ve yöneticilerin beğenmedikleri uygulamalarını eleştirebilmeleri için ifade özgürlüğüne ihtiyaçları vardır[91].

İfade özgürlüğü, hem negatif hem de pozitif yönü olan bir özgürlüktür. Kişilerin düşünce ve kanaatlerini serbestçe dışa vurmaları ifade özgürlüğünün pozitif yönünü; düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamamaları (susma hakkı), düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamamaları ve suçlanamamaları ise negatif yönünü göstermektedir[92].

---

87 Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce ...", s. 17, 26; Özek, **Türk Basın …,** s. 29.

88 Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü …", s. 39, 40; Rick Lawson, "İfade Hürriyetini Güvenceye Almak", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 267.

89 Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü …", s. 40.

90 Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2012, s. 9.

91 Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 15.

92 Dost, **Avrupa İnsan Hakları …,** s. 11-14.

İfade özgürlüğü, birçok unsur özgürlüğü bünyesinde barındıran bir özgürlüktür. Bu unsur özgürlüklerden herhangi birisinin yokluğu ya da önemli ölçüde sınırlandırılması ifade özgürlüğüne zarar verecektir. Bu unsur özgürlükler; "Bilgi edinme ve düşünme özgürlüğü" (haber alma ve öğrenme özgürlüğü-düşüncenin oluşum evresi), "kanaat sahibi olma özgürlüğü" (düşünce ve kanaat özgürlüğü-soyut düşünce evresi) ve "düşünceyi açıklama özgürlüğü"dür (düşüncenin dışsallaşması)[93].

1.3.5.2. Bilgi Edinme ve Düşünme Özgürlüğü

Kişinin bilme ve öğrenme ihtiyacını karşılamakta olan bilgi edinme özgürlüğü, aynı zamanda ifade özgürlüğünün ilk basamağını oluşturmaktadır. Bilgi edinme özgürlüğü, mümkün olan bütün kanuni kaynaklardan bilgi toplama ve araştırma hakkını içerir. Kamu çıkarlarını ilgilendiren konularda, halkın yeterince bilgilendirilmesi de bu özgürlük kapsamında değerlendirilmektedir[94]. Dolayısıyla bu özgürlük daha çok medya ile ilgili olmaktadır.

Kişilerin iç âleminde gerçekleşen düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için bilgi kaynaklarına ulaşabilme, bu bilgiler arasında istediklerini seçebilme ve bunlardan sonuçlar çıkararak diledikleri kanaat ve düşüncelere varabilme olanağını sağlayacak ortamın yaratılması gerekir[95]. Düşünce ve fikirlerin oluşumunda dış dünyadan alınan bilgilerin önemli bir payı vardır. Dış dünyadan alınan bilgiler düşüncelerin ham maddesini oluşturmaktadır[96]. Eğer bu bilgiler sınırlıysa düşünme faaliyeti de nispeten sınırlı kalacak ve dolayısıyla düşüncenin oluşumunda bu nispette hata olacaktır.

Düşünme, insanın zihinsel etkinlikleri ile dış uyarılar arasında kurduğu bağlantıdır[97]. Kişinin neyi ne kadar düşüneceğini belirleyenler ise dış etkenlerdir. Bu bakımdan düşünmenin kişinin iç dünyasıyla ilgili olduğu, bu nedenle de düşünmeye

---

93 Küçük, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, s. 13, 14; Tanör, **Siyasi …**, s. 23, 24; Reyhan Sunay, **Avrupa Sözleşmesi'nde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001, s. 49; Dost, **Avrupa İnsan Hakları …**, s. 11,12.

94 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 12.

95 Erdoğan Teziç, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", **Anayasa Yargısı**, C. 7, Ankara 1990, s. 32; Sunay, **Avrupa …**, s. 52.

96 Sunay, **Avrupa …**, s. 49.

97 **Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi**, C. 11, Ana Yayıncılık, İstanbul 1993, s. 20.

müdahale edilemeyeceği şeklindeki anlayışa ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Çünkü kişinin iç dünyasında gerçekleşen bir faaliyet olsa bile, düşüncenin dış dünyadan etkilenmemesi mümkün değildir. Düşünceyi toplumsal, siyasal, ekonomik vs. dış etkenler belirlemektedir. Yaşadığı sosyal çevreye göre düşünceleri ve davranışları biçimlenen insanın, dış etkenler aracılığıyla serbest düşünme ortamı bulunmadığı zaman özgür düşüncesinin oluştuğundan bahsedilemeyecektir[98].

İfade özgürlüğü insan hakları içinde nasıl ayrıcalıklı bir yere sahipse düşünme özgürlüğü de ifade özgürlüğü içinde önemli bir yere sahiptir ve bu özgürlük tam anlamıyla gerçekleşmediği takdirde ifade özgürlüğünü oluşturan diğer unsur özgürlükler de değersiz kalacaktır[99].

1.3.5.3. Kanaat Sahibi Olma Özgürlüğü

Kanaat sahibi olma özgürlüğü, kişinin hangi konuda olursa olsun edindiği bilgiler arasından doğru olduğuna inandığı görüşleri seçebilmesi ve tercih edebilmesi olarak tanımlanabilir. Örneğin seçme ve tercih, din ve ahlak konusu ile alakalı ise din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olur [100].

Bu özgürlük, kanaatleri açıklamaya zorlanmama negatif özgürlüğünü de kapsamaktadır[101]. Kanaat sahibi olma özgürlüğü, "açıklamaya zorlanamama" güvencesinden dolayı konuşmama hürriyeti olarak da ifade edilmektedir[102]. Fikirlerin açıklanmaya zorlanmaması, kişinin bundan dolayı rahatsız edilmemesi ve farklı bir işleme maruz kalmaması önemlidir. Çünkü bu özgürlük sayesinde, kişi fikir ve kanaatlerinden kaygı duymayacağı, herhangi bir düşünceye sahip olmanın sonuçlarına karşı açıklama öncesinde korunacağı ve düşüncesini açıklamaması hâlinde davranışının kınanmayacağı bilinci ile hareket edecektir[103].

---

98 Sunay, **Avrupa …**, s. 6.
99 Küçük, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, s. 50.
100 Teziç, "Türkiye'de Siyasal Düşünce …", s. 33.
101 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 9.
102 Sunay, **Avrupa …**, s. 58; Özek, **Türk Basın …**, s. 28.
103 Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 9; Özek, **Türk Basın …**, s. 28, 29.

1.3.5.4. Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü

Düşünceyi açıklama özgürlüğü, kişinin kendi düşünce ve kanaatlerini dış dünyaya serbestçe aktarabilmesini ifade eder[104]. İfade özgürlüğünün sağlanabilmesi için bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü kapsamında edinilen düşünce ve kanaatlerin düşünceyi açıklama özgürlüğüyle tamamlanması gerekir. Bir kişinin düşüncesini açıklama özgürlüğü, aynı zamanda başkalarının öğrenme ve bilgilenme özgürlüğünün kaynağını teşkil eder[105].

Kişiler sahip oldukları düşünce ve kanaatleri çeşitli biçimlerde dışa vururlar. Özellikle günümüzdeki büyük olanaklar karşısında düşüncenin dışa vurulması oldukça kolaylaşmıştır. Bu dışa vurum sözlü veya yazılı anlatım, sanatsal gösterim, kişisel görüntü biçiminde olabilmektedir[106]. Düşünce ve kanaatlerin çeşitli kitle[107] iletişim araçlarıyla (basın, radyo, TV, sinema, internet, sosyal paylaşım ağları vs.) açıklanması da tabiidir. Bunların yanında kişiler düşüncelerini dış dünyaya tek başlarına ifade edebilecekleri gibi toplumda daha büyük yankı getirebilmesi için toplu bir biçimde de aktarabilirler. Düşünce etrafında örgütlenmek, siyasal faaliyette bulunmak, demokratik kitle örgütü oluşturmak düşünce özgürlüğünün varlığı hâlinde işlerlik kazanır[108]. Birey, toplantı veya gösteri yapmak ya da parti, sendika vs. çatısı altında örgütlenmek suretiyle düşüncelerini kendi kişisel dünyasından çıkararak toplumla ilişkiler kurabilmekte ve bunları aktarabilmektedir[109].

1.3.5.5. İfade Özgürlüğünün Sınırları

Düşünce, bireyin ve toplumun hayatına yön veren insan ürünlerinden en değerlisi ise düşünmenin ürünü olan bütün düşünce açıklamalarının hukuki korumadan yararlanıp yararlanmayacağı, diğer bir deyişle ifade özgürlüğünün bir

---

[104] Küçük, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, s. 67.
[105] Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 14.
[106] Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü …", s. 37.
[107] "Kitle, belirli bir mekanda bulundukları varsayılan, büyük sayıdaki insanların meydana getirdiği her çeşit topluluklara verilen addır.", Kayıhan İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 1990, s. 8.
[108] Çetin Özek, Oral Çalışlar, **Düşünce ve İfade Özgürlüğü**, Sodev Yayınları, Ankara 1996, s. 27.
[109] Küçük, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, s. 73.

sınırının olup olmadığı üzerinde tartışılması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır[110].

İfade özgürlüğünün sınırsız olduğunu savunanlara göre, kişinin sahip olduğu, taraftarı bulunduğu ve yaymak istediği düşünce zararlı ve hatta tehlikeli de olsa bunu sınırlamak doğru olmayacaktır. Zira zararlı ve tehlikeli düşünceler ile bunların karşıtları kamuoyu önünde açıkça ve serbestçe tartışıldığında zararlılığını yitirecek ve tehlikeli olmaktan çıkacak, toplumun iktisadi ve siyasal sorunlarının çözümünde yararlı olacaktır[111]. Ayrıca radikal ve aykırı düşüncelerin sosyal durgunluğu ortadan kaldırdığı, ileride ortaya çıkabilecek sosyal patlamaları önleyebildikleri ve önemli kuralların, ilkelerin tohumlarını oluşturdukları belirtilmiştir[112]. Bundan başka, belirli bir dönemdeki düzene karşıt düşüncelere olanak sağlanmamasının, herkesin tek tip ve belirli şekillerde düşünmesinin istenmesi anlamına geleceği ve bu durumun demokratik rejimle de bağdaşmayacağı savunulmuştur[113].

İfade özgürlüğünün sınırsız olduğunu savunanlar dahi şiddet kullanımına ortam hazırlayan veya doğrudan şiddete yönelen tahrik eylemlerini bu özgürlük kapsamında değerlendirmemektedir[114]. İfadeler, şiddete zemin oluşturan veya şiddeti tavsiye eden nitelikte ise düşünceyi açıklama özgürlüğü alanından çıkılıp suç sayılan bir alana girilmiş olur ki bu durum devletin cezalandırma yetkisini ortaya çıkarır[115]. Zira şiddet kullanmaya teşvik hâllerinde, salt düşünce planından çıkılarak anayasanın dayandığı temel ilkelerin yıkılması yönünde kanun dışı yollara girilmektedir[116].

İfade özgürlüğünün sınırlı olduğunu savunanlar ise konuyu devletin varlığının devamlılığı, düzenin sağlanması ve demokratik rejim ekseninde ele almışlardır. Eyleme dönüşmemiş ve henüz maddi açıdan sonuç doğurmamış olsa dahi düşünce

---

[110] Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 555.

[111] Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHFY, 3. Bası, Ankara, 1970, s. 188. *Özek*, düşünceyi, teorik, bir ölçüde soyut, belirli bir bakış açısı ve mantığı içeren açıklamalar olarak değerlendirdiğinden suç işlemeye tahrik ve teşvik fiilleri ile kişilerin şeref haysiyetine karşı saldırı biçimindeki açıklamaları, düşünce kavramı dışında tutmakta ve düşünce özgürlüğünün sınırsız olduğunu kabul etmektedir. Özek, **Türk Basın …**, s. 74, 81.

[112] Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 104, 105.

[113] Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 188.

[114] Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 108, 109.

[115] Sunay, **Avrupa …**, s. 64; İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 3, Ankara 2013, s. 3591.

[116] Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 196; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 109; Tanör, **Siyasi …**, s. 211.

açıklamaları da bir fiildir ve elbette sınırlı olmalıdır. Aksi yaklaşımla düzenin sağlanması mümkün değildir[117]. Bir devletin bütünlüğünü ortadan kaldırıcı nitelikteki düşünce açıklamalarını savunmak ve özgürlük adına toplumun bu tehlikelerle karşı karşıya gelmesine razı olmak, çok abartılı bir özgürlük anlayışı teşkil edecektir. Bu görüşü savunanlar, anayasaların düşünce özgürlüğünü sınırlayıcı maddelerini gerekçe göstermişlerdir[118].

Özgürlüklerin sınırsız olduklarını kabul etmek kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Hatta denilebilir ki özgürlüklerin sınırsız olduğunu iddia eden kimse, kendisi dışındakilerin özgür olmadığını varsaymaktadır. Oysa düşüncenin açıklanmasıyla başkalarının özgürlük alanında tehlikeli veya zararlı bir alan oluşabilir[119]. Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarından *Learned Hand, Masses Publishing Co./Patten* davasında sarf ettiği, *"Kelimeler yalnızca ikna etmenin anahtarı değil, aynı zamanda eylemin de dürtüsüdür."* sözleri ile bunu işaret etmektedir[120]. Bu nedenle, en geniş özgürlük yanlıları bile içeriğinin ne olduğuna bakılmaksızın her düşünce açıklamasının ifade özgürlüğünün sınırsızlığından yararlanması gerektiğine inanmamaktadırlar. Başka bir deyişle kişinin ağzından ya da kaleminden çıkan her ifadenin bu özgürlükten faydalanması gerektiği anlayışı kabul görmemektedir[121].

Liberal demokratik hukuk sistemlerinde düşünce açıklamaları, içerikleri bakımından sarsıcı nitelikte de olsa bu durum tek başına bir tehlike olarak görülüp sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. Ancak bu hukuk sistemlerinde de ifade özgürlüğü mutlak biçimde sınırsız görülmemektedir[122]. Bu sistemlerde sınırlama konusundaki değerlendirme, düşünce açıklamasının gerçekleştiği zaman ve mekân ile düşüncenin açıklanış biçimine göre yapılmaktadır. Açıklanış biçiminden kasıt düşüncelerin

---

[117] Ersan Şen, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, Erzincan 2000, s. 24, 25.

[118] Akt. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 189; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 107.

[119] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 332.

[120] Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 31.

[121] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 332; Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce ...", s. 18.

[122] Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 31; Norman P. Barry, "Hukuki ve Siyasi Açıdan İfade Hürriyeti", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 18, 19.

şiddeti öven ve teşvik eden biçimde olup olmadığıdır. Böylece düşünce sahip olduğu soyut içeriğe göre değil, eyleme dönüşebilme durumuna göre sınırlanabilmektedir[123].

Başka özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında da çatışmalar yaşanması mümkündür. İfade özgürlüğünün sınırsız hâle getirilmesi, özgürlükler sisteminin alt üst olmasına; fazla kısıtlanması ise memnuniyetsizliklerin artmasına sebep olabilecektir[124]. Bu takdirde ifade özgürlüğünün kişi ve toplum açısından taşıdığı önem ve sağladığı yarar ile toplumsal düzenin sağlanması arasındaki denge, ifade özgürlüğünün sınırlarının tespitinde belirleyici olacaktır. Zorunluluk arz eden istisnai durumlarda ifade özgürlüğü sınırlanmalıdır[125].

Hangi ifadelerin düşünce açıklaması sayılıp sayılamayacağını tek tek belirlemek mümkün olmamakla birlikte, bazı genellemeler yapılabilir. Kavramlar ve kaynaklar arasında bağ kuran, irdeleyen, yargılayan, problem çözen, ilke çıkartan, şiddet içermeyen veya şiddeti tavsiye etmeyen düşünce açıklamalarının korunması gerekir[126]. Düşünceleri savunma, başkalarına anlatma, telkin ve tavsiyelerde bulunma, propaganda gibi eylemler de bu kapsamdadır[127]. Buna karşın hukuk düzenini, şiddet kullanarak değiştirmeye, yıkmaya yönelik tahrik ve teşvik eylemleri ile genel olarak suç işlemeye tahrik eylemleri, teknik nitelemeyle zarar neticesi doğurmaya elverişli tehlike eylemleri, ifade özgürlüğü olarak görülemez[128]. Keza kötüleyici, aşağılayıcı, tahkir edici, bilimsel değerden yoksun, sanatsal yön ihtiva etmeyen, sadece ar ve hayâ duygularını incitme maksadı taşıyan ifadelerin korunması mümkün değildir[129].

---

123 Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 28-31.
124 Sunay, **Avrupa …**, s. 73.
125 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 332; Sunay, **Avrupa …**, s. 73-75; Özek, Çalışlar, **Düşünce ve İfade Özgürlüğü**, s. 28.
126 Y 8. CD, 28.2.2012, 2009/19091 E, 2012/6024 K; Y 8. CD, 24.10.2011, 2011/12722 E, 2011/11522 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).
127 Sunay, **Avrupa …**, s. 64.
128 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 560; Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce ...", s. 18; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 108, 109; Barry, "Hukuki ve Siyasi Açıdan İfade Hürriyeti", s. 28; "Halkı sınıf, bölge, ırk, din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etme doğrultusunda açıklamalar düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.", YCGK, 27.10.1998, 1998/8-247 E, 1998/335 K (Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, C. II, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 2999).
129 Sunay, **Avrupa …**, s. 64.

1.4. ULUSLARARASI BELGELER

1.4.1. Genel Olarak

İnsan hak ve özgürlüklerini düzenleyen uluslararası belgeler, bu hak ve özgürlüklerin sınırlarını belirlemenin yanında devletlere insan hak ve özgürlüklerini korumak, saygı duymak, yerine getirmek ve geliştirmek gibi ödev ve sorumluluklar getirmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu belgelerde yer alan ifade özgürlüğü ile ayrımcılığın yasaklanması ve nefret söyleminin önlenmesi konusundaki düzenlemeler, devletlere "halkı kin ve düşmanlığına tahrik suçu"na benzer suçları mevzuatına alma yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla bu belgelerdeki düzenlemeler ülkelerin mevzuatında suçun kapsamının oluşturulmasında önemli rol üstlenmekte ve kaynaklık etmektedir.

Uluslararası belgelerde, TCK m. 216/1'deki suça benzer suçlara kaynaklık edebilecek tavsiye niteliğinde kararlar da bulunmaktadır. Tavsiye niteliğindeki kararlar, ülkelerin mevzuatına işleyebileceği asgari düzeydeki standartları içermektedir. Bu suçun ihdas edilmesine kaynaklık eden birçok uluslararası belge, aynı zamanda bu suçun unsurlarının tespitinde, yani suçun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinde de işlev görmektedir. Ayrıca ülkelerin mevzuatında düzenledikleri bu tür suçlardan dolayı uyguladıkları tedbir ve cezalar, belgelerde öngörülen denetim organlarınca belgelerle koruma altına alınan haklardan birinin veya birkaçının ihlali olarak değerlendirilip taraf devletlerin bazı yaptırımlara maruz kalmasına yol açabilmektedir.

Uluslararası belgelerden bazıları kişilerin, grupların veya halk kesimlerinin ayrımcılık veya nefret söylemiyle karşılaşmasını önleme amacı taşırken bir kısmı ise ayrımcılık yasağı ve nefret söylemine dair iç hukukta düzenlenen suçlar karşısında ifade özgürlüğünün sınırlarının tespitini sağlar.

Burada, TCK m. 216/1'deki suça benzer suç tiplerinin düzenlenmesine kaynaklık eden uluslararası belgeler incelenecektir. Çalışmamızın kapsamını dikkate alarak, BM, AGİT ve Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanan ve Türkiye'nin imzalayıp onaylamış bulunduğu belgelerden önem arz edenler üzerinde durulacaktır. Ayrıca

temel hak ve özgürlükler bakımından önemli bir sözleşme niteliğindeki Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin konumuzla ilgili maddelerine de kısaca yer verilecektir.

1.4.2. Birleşmiş Milletler Antlaşması

Uluslararası örgütlenmeye ilişkin BM Konferansı sonucunda 26.6.1945 tarihinde imzalanan BM Antlaşması, 24.10.1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir[130]. Antlaşma'nın ön sözünde; insan hakları ile insanın kişilik, onuruna verilen önem üzerinde durularak daha geniş bir özgürlük alanı içinde iyi yaşam şartları oluşturma, sosyal açıdan ilerlemeyi sağlama ve belirtilen amaçları elde etmek için hoşgörüyle davranma taahhüdünden bahsedilmiştir. Antlaşma'da; dil, din, cins veya ırk ayrımı gözetmeksizin insan hak ve özgürlüklerine karşı saygının geliştirilmesi ve teşvik edilmesi BM'nin amaçları arasında sayılmıştır (m. 1/3). Böylece fıkrada açıklanan amacın, ayrımcılık yasağını da içerdiği anlaşılmaktadır. 55. maddenin (c) bendinde, BM'nin, cinsiyet, dil, din veya ırk farkı gözetmeksizin insan hak ve özgürlüklerini karşı saygının tüm dünyada etkin bir şekilde geliştirmesini kolaylaştıracağı belirtilmiştir. 76. maddenin (c) bendinde ise 1. maddenin üçüncü fıkrasındaki amaç tekrar edilmiştir.

1.4.3. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

BM Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde ilan edilen BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2 ve 7. maddelerinde ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir[131]. 2. maddede; herkesin dil, din, renk, ırk, cinsiyet, mülkiyet, ulusal veya sosyal köken, siyasi veya herhangi bir görüş nedeniyle ayrıma tabi olmaksızın Bildirge'de düzenlenen tüm hak ve özgürlüklerden faydalanacağı ifade edilmiştir. Burada ayrımcılığa konu sebepler örnekleme yoluyla sayılmış olup, sınırlamaya tabi tutulmamıştır. 7. maddede ise herkesin kanun önünde eşit durumda olduğu vurgulandıktan sonra, her türlü ayrımcı muamelelere ve kışkırtmalara karşı herkesin eşit korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

---

[130] Türkiye, Antlaşma'yı Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü ile birlikte 15.8.1945 tarihli ve 4801 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanun 24.8.1945 tarihli ve 6902 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[131] Bildirge, Bakanlar Kurulunun 6.4.1949 tarihli ve 9119 sayılı kararıyla 27.5.1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bildirge'nin önem taşıyan başka bir maddesi ifade özgürlüğünün düzenlendiği 19. maddedir. Bu maddede, ifade özgürlüğüne herkesin hakkı olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın ülke sınırları söz konusu olmaksızın fikirleri nedeniyle rahatsız edilmemek, bilgi ve fikirleri her çeşit araçla araştırmayı, elde etmeyi ve yaymayı kapsadığı açıklanmıştır.

Bildirge'nin 29 ve 30. maddelerinde ise hak ve özgürlüklerin genel sınırlama nedenleri açıklanmıştır. Bu nedenler ifade özgürlüğü için de geçerli olup TCK m. 216/1'deki suç için ayrı bir öneme sahiptir. Gerçekten ifade özgürlüğünün koruması altında bulunmayan fiiller, TCK m. 216/1'deki suçun unsuru olabilmektedir. İfade özgürlüğünü sınırlama nedenlerinin çoğunluğu, TCK m. 216/1'deki suça benzer suçların ceza kanunlarında yer almasına yol açmıştır. Bildirge'nin 29/1. maddesinde, topluma karşı herkesin ödevlerinin olduğu ve bu ödevlerini ihlal etmemek şartıyla herkesin ifade özgürlüğünden faydalanabileceği vurgulanmıştır.

Bildirge'nin 29/2. maddesinde ise hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle ve nasıl sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, Bildirge'deki hak ve özgürlükler, başka kimselerin hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi, demokratik bir toplumda genel ahlak ve refahın sağlanması ile kamu düzeninin korunması amacıyla ve ancak yasayla sınırlamalara tabi tutulabilir. Ayrıca Bildirge'nin 29/2. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden kamu düzeninin korunması, 7. maddede belirtilen ayrımcılık yasağının uygulanabilmesi için devletler iç hukukta düzenlemeler yapabilecektir. Böylece Bildirge'nin 2. maddesinde belirtilen nedenlere dayalı olarak ayrımcılık ihtiva eden söylemler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyerek yasayla yasaklanabilecektir. Bildirge'nin 29. maddesinin son fıkrasında ise hak ve özgürlüklerin BM'nin ilke ve amaçlarına aykırı biçimde kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Bu fıkra, BM Antlaşması'nda zikredilen amaçların gerçekleştirilmesi açısından önemlidir. Antlaşma'da; dil, din, cins veya ırk ayrımı yapılmaksızın temel hak ve özgürlüklere karşı saygıyı geliştirme BM'nin amaçları arasında sayılmıştır. 30. maddede ise Bildirge'nin herhangi bir hükmünün özgürlükleri yok etme özgürlüğü şeklinde yorumlanmasına izin vermemiştir. Buna göre hiçbir devlet, Bildirge'deki herhangi bir hüküm, açıklanan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlayamayacaktır.

1.4.4. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

BM Genel Kurulunda 16.12.1966 tarihinde kabul edilen MSHS, 23.3.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir[132]. Sözleşme'de nefret söylemine, ayrımcılığa veya şiddete tahrike karşı önlem alınması gerekliliği vurgulanmıştır (m. 20/2)[133]. Bu düzenlemeyle her taraf devlet, TCK m. 216/1'de yer alan suça benzer suçları oluşturma konusunda yükümlülük altına girmektedir.

Sözleşme'nin 2. maddesi ile taraf devletlere, 20/2. maddesinde öngörülen hükmün uygulamaya geçirilmesi açısından yükümlülükler getirilmiştir. Sözleşme'nin 2/1. maddesine[134] göre, her taraf devlet, herhangi bir düşünce ya da statü nedeniyle ayrımcılık yapmaksızın Sözleşme'de belirtilen hakları güvenceye bağlamayı ve bunlara saygı göstermeyi taahhüt edecektir. Sözleşme'de belirtilen hakları kendi mevzuatına henüz yerleştirmemiş olan taraf devletler, bu hakları uygulamaya geçirmek açısından gereken önlemleri almayı taahhüt edeceklerdir (m. 2/2). Dolayısıyla taraf her devlet, Sözleşme'nin 2. maddesinde belirtilen yükümlülüğü yerine getirmek ve 20/2. maddesindeki yasağı uygulamak bakımından TCK m. 216/1'deki suça benzer suç tiplerini iç hukuklarında düzenleyerek yaptırıma bağlamalıdır.

Sözleşme'nin TCK m. 216/1'deki suç açısından önem taşıyan diğer bir maddesi, ifade özgürlüğünü en geniş anlamıyla güvence altına almış bulunan 19/1,2. maddesidir[135]. Sözleşme'de, Bildirge'den farklı olarak, hak ve özgürlüklerin sınırlandırma sebepleri genel olarak değil, her hak ve özgürlüğün düzenlendiği

---

[132] Türkiye, Sözleşme'yi bazı çekincelerle 15.8.2000 tarihinde imzalamıştır. TBMM, 4.6.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun'la Sözleşme'yi onaylamıştır. Kanun 21.7.2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[133] Sözleşme'nin 20/2. maddesine göre; "Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır."

[134] Sözleşme'nin 2/1. maddesine göre; "Bu Sözleşme'ye taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımındam hiçbir ayırım gözetmeksizin, Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür."

[135] Sözleşme'nin 19/1,2. maddesine göre; "1. Herkes, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir.

2. Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir."

maddede hak ve özgürlüğün içeriğine göre, özel biçimde, ayrı ayrı düzenlenmiştir. İfade özgürlüğünün sınırlama nedenleri Sözleşme'nin 19/3. maddesinde[136] sayılmıştır. Bu sınırlandırma nedenleri, Bildirge'nin 29/2. maddesinde sayılanlarla benzerdir. Sözleşme'nin 19/3. maddesinde, Bildirge'de sayılan sınırlama nedenlerine ulusal güvenlik ve sağlık ilave edilmiştir.

Sözleşme'nin, 5/1. maddesinde ise "hakların kötüye kullanma yasağı" ile Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki sınır ifade edilmiştir[137]. Sözleşme'nin 5/1. maddesi ile 20/2. maddesinde açıklanan nedenlerle kin, nefret, düşmanlık ve şiddet içeren tahriklerin hukuk tarafından yasaklanmasının sınırını Sözleşme'deki hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Taraf her devlet, Sözleşme'nin 2. maddesinde açıklanan yükümlülükleri TCK m. 216/1'de yer alan suça benzer suçları iç hukuklarında düzenlerken Sözleşme'nin 5/1, 19/2-3 ve 20/2. maddelerini birlikte değerlendirmelidir.

1.4.5. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, BM Genel Kurulunda 21.12.1965 tarihinde kabul edilerek 4.1.1969 tarihi itibariyle uygulanmaya başlanmıştır[138]. Sözleşme'nin 1. maddesinde[139], ırksal ayrımcılık tarif edilmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesi, taraf devletleri ırksal nefret ve

---

[136] Sözleşme'nin 19/3. maddesine göre; "Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilir; ancak, bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve;
(a) Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve;
(b) Ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından gerekli olması zorunlu olmalıdır."

[137] Sözleşme'nin 5/1. maddesine göre; "1. Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlanmasına yönelik herhangi bir faaliyete girişme ya da bu yönde bir harekette bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz."

[138] Türkiye, Sözleşme'yi bazı çekincelerle 3.10.1972 tarihinde imzalamıştır. TBMM, Sözleşme'yi 3.4.2002 tarihli ve 4750 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanun 16.6.2002 tarihli ve 23787 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[139] Sözleşme'nin 1. maddesinde ırksal ayrımcılık; "Siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayrım, dışlama veya kısıtlama ya da tercih" şeklinde tanımlanmıştır.

ayrımcılığı ortadan kaldırmak için düzenlemeler yapma dâhil, gerekli önlemleri alma konusunda yükümlü tutmuştur. Ayrıca maddeye göre taraf devlet, uygun tüm yöntemlerle ırksal ayrımcılığı yasaklayacak ve bu tür ayrımcılığa son verecektir.

Sözleşme'nin 4. maddesi de ırksal ayrımcılığa yönelik olarak TCK m. 216/1'deki suça benzer suçların oluşturulması konusunda taraf her devlete yükümlülük getirmektedir. Madde ile taraf devletler, ırkçılığa veya nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını veya teşvik edilmesini, herhangi bir ırk, renk veya etnik kökene sahip bir gruba yönelen şiddet eylemlerini veya bu eylemlere teşviki veya yardım etmeyi suç hâline getirmekle yükümlü tutulmuştur.

1.4.6. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

İnter-Amerikan İnsan Hakları İhtisas Konferansında 22.11.1969 tarihinde kabul edilen medeni ve siyasi hakların korunmasına dair Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi[140], 18.7.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'de bir denetim organı olarak, yetkileri ve çalışma usulleri açısından AİHM'e benzeyen, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesine yer verilmiştir. Mahkeme, insan hakları ihlallerine yönelik yapılan başvuruları bağlayıcı şekilde karara bağlamaktadır[141]. Mahkeme, AİHM kararlarında olduğu gibi ifade özgürlüğü ve demokrasi arasındaki ilişkiye sıklıkla değinerek ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumda ön koşul olduğunu vurgulamaktadır. Söz konusu ilişki belirtilirken AİHM'in içtihatlarına doğrudan atıf yapılmaktadır. Ancak Mahkeme, AİHM içtihatlarından farklı olarak ifade özgürlüğünü hem bireysel hem de toplumsal boyutuyla değerlendirmektedir[142].

Sözleşme'nin "Düşünce ve ifade özgürlüğü" kenar başlığını taşıyan 13. maddesi, ifade özgürlüğünü ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. AİHS'in 10 ve MSHS'nin 19. maddelerine göre daha kapsamlı bir korumaya sahiptir. Sözleşme'nin 13/1. maddesinde[143], ifade özgürlüğü iki boyutlu olarak koruma altına alınmıştır. Bir

---

[140] İngilizce metin için bkz. www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=25& (e.t. 9.2.2019).

[141] Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi …**, s. 30.

[142] Erkan Duymaz, "İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVII, S. 1-2, Ankara 2013, s. 1369, 1377.

[143] Sözleşme'nin 13/1. maddesine göre; "Herkesin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, sınırlar dikkate alınmaksızın, sözlü, yazılı ya da basılı olarak yahut sanatsal formda ya da bir

taraftan düşünce açıklamalarının keyfi biçimde sınırlandırılması yasaklanmış; diğer taraftan her çeşit haber ve bilgiye herkesin ulaşmasına imkân tanınmıştır[144]. Birinci durum, ifade özgürlüğünün bireysel hak boyutunu, ikinci durum kolektif hak boyutunu gösterir. İfade özgürlüğü bireysel bir hak olarak, kişilerin düşüncelerini yaymak suretiyle kitlelere ulaşabilmesine imkân veren yöntemleri kullanabilme hakkını kapsamaktadır. Kolektif bir hak olarak ise herkesin haber ve görüş alışverişinde bulunmasını, bilgi, haber ve görüşleri öğrenmesini içermektedir[145].

Sözleşme'nin 13/5. maddesinde[146] ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyen fiiller belirtilmiştir. Maddede belirtilen ayrımlara dayalı olarak bir gruba yönelik şiddet yahut böyle bir eyleme tahrik, herhangi bir biçimde düşmanlığın savunulması, savaş propagandasının her türlüsü cezalandırılabilecek suçlar arasında sayılmıştır. Burada sadece şiddete tahrik değil, herhangi bir eyleme tahrik ile ırk, din veya ulus temeline dayanan düşmanlığın savunulması da cezalandırılmak istenmiştir[147]. Bu düzenleme, TCK m. 216/1'deki suç benzeri suçların ihdas edilmesine ve böylece bu tür fiillerin cezalandırılmasına uluslararası boyutta kaynaklık teşkil etmesi açısından önemlidir.

Sözleşme'de, AİHS'de olduğu gibi ifade özgürlüğüne ilişkin özel sınırlama sebepleri özgürlüğün düzenlendiği 13. maddenin birinci fıkrasından sonra, ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre; kanunla açıkça düzenlenmek şartıyla ve gerektiği kadarıyla ifade özgürlüğü, başka kimselerin hak veya şöhretlerine saygı gösterilmesi ya da kamu düzeninin, milli güvenliğin, genel ahlak ya da sağlığın korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilir[148]. Sözleşme'de ifade edilen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında her bir özgürlüğün düzenlendiği maddede belirtilen özel sınırlama kuralları dışında, tüm hak ve özgürlükler için sınırlamaların kapsamına dair

---

kimsenin kendi seçeceği herhangi bir başka yolla, her türlü bilginin ve düşüncenin araştırılması, alınması ve yayılması özgürlüğünü de içerir.", Duymaz, "İfade Özgürlüğünün …", s. 1372.

144 Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi …**, s. 26.

145 Duymaz, "İfade Özgürlüğünün …", s. 1375.

146 Sözleşme'nin 13/5. maddesine göre; "Her türlü savaş propagandası ve ırk, renk, din, dil ya da milli köken temelinde bir gruba ya da bir insanlar grubuna yönelik hukuksuz şiddete ya da benzeri herhangi bir eyleme tahrik eden herhangi bir ulusal, ırkçı veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından cezalandırılabilecek suçlar olarak değerlendirilir.", Duymaz, "İfade Özgürlüğünün …", s. 1372.

147 Duymaz, "İfade Özgürlüğünün …", s. 1392, 1393.

148 Özlü, **ABD Yüksek Mahkemesi …**, s. 41.

genel hüküm niteliğinde bulunan 29 ile 30. maddelere de yer verilmiştir. 29. maddede, Sözleşme'nin hiçbir hükmünün *"İnsan kişiliğinde yerleşik olan ya da bir yönetim biçimi olarak temsili demokrasiden kaynaklanan diğer hakları ya da güvenceleri ortadan kaldırır biçimde"* yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. 30. maddede ise haklara veya özgürlüklere getirilecek sınırlamaların *"Genel yarar gerekçeleriyle çıkarılan yasalara ve bu tür sınırlamaların konulması amacına uygun bulunması haricinde"* uygulanamayacağı belirtilmiştir. Mahkemeye göre, Sözleşme çerçevesinde bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılması, demokratik bir toplum içinde gerekli nitelikte olduğu takdirde meşru sayılır. Sınırlama koşulları konusunda, Mahkeme, AİHM'in içtihatlarına atıf yapmak suretiyle uyguladığı ilkeleri benimsemektedir[149].

1.4.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Konseyine[150] üye devletler, 10.12.1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde bulunan bazı hak ve özgürlükleri garanti altına almak amacıyla 4.11.1950 tarihli AİHS'i birlikte kaleme almışlardır[151]. AİHS, temel insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak ve asgari standartlarını tespit etmek için oluşturulan bir belgedir. AİHS'i insan haklarına ilişkin diğer uluslararası belgelerden ayırt eden en belirgin özelliği, güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri etkili biçimde koruyacak mekanizmaya da yer vermesidir. Bu mekanizmanın ana omurgasını ise bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olan AİHM oluşturmaktadır[152]. AİHS'in 34. maddesi gereğince, Sözleşme'de tanınan hakların taraf devletlerden biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu ileri süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkemeye bireysel başvuru yapabilir.

Sözleşme'deki hak ve hürriyetleri yargısal güvence altına alan AİHM, içtihatlarıyla Sözleşme'ye bir dinamiklik kazandırarak güncel koşulların ışığı altında yaşayan bir belge hâline getirmektedir. Mahkemenin karar ve yorumları,

---

[149] Duymaz, "İfade Özgürlüğünün …", s. 1393, 1394.

[150] TBMM, 12.12.1949 tarihli ve 5456 sayılı Kanun'la Avrupa Konseyi Statüsüne Dair Sözleşme'yi onaylamıştır. Türkiye, 13.4.1950 tarihinde Konsey'e dâhil olmuştur.

[151] Türkiye, AİHS'i 4.11.1950 tarihinde imzalamıştır. TBMM, Sözleşme'yi 10.3.1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun'la onaylamıştır. Kanun, 13.3.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[152] Türkiye, 21.4.1987 tarihinde bireysel başvuru hakkını ve 27.9.1989 tarihinde Avrupa Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini tanımıştır.

Sözleşme'nin metnini açıklığa kavuşturduğu gibi Sözleşme'deki hak ve hürriyetlerin kapsamının belirlenmesinde ve sınırlarının çizilmesinde önemli bir rol oynamaktadır[153]. Mahkemenin kararları, bağlayıcı emsal karar niteliğindedir. AİHS'in 46. maddesine göre Sözleşme'ye taraf devletler, AİHM kararlarının bağlayıcılığını kabul etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla Sözleşme metni Mahkemenin kararlarıyla oluşturduğu içtihat hukukuyla birlikte okunmalıdır. Taraf devletin yetkili mercileri ve mahkemeleri, Sözleşme metni ve içtihat hukukuyla çelişen herhangi bir ulusal yasa karşısında, bu hususu gözetmek zorundadır[154].

AİHS'de nefret söylemini açıklayan özel bir hüküm yer almamakta birlikte, ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme mevcuttur. AİHS'in 14. maddesinde[155], Sözleşme'de yer alan hak veya özgürlüklerin kullanılması ile ilgili ayrımcılığın yasak olduğu vurgulanmıştır. AİHM'e göre, Sözleşme'nin 14. maddesi açısından bir muameledeki farklılık, objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse, diğer bir deyişle meşru bir amaç edinmiyorsa veya kullanılan araçlar ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa ayrımcılık oluşturur[156].

İnsan haklarına ilişkin birçok uluslararası belgede olduğu gibi AİHS'de de ayrımcılık ve nefret söyleminin önlenmesi ve yasaklanması açısından önemli bir işleve sahip bulunan ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları düzenlenmiştir. İfade özgürlüğü kapsamında kalmayan ifadelerin ayrımcılık ve nefret söylemi olarak değerlendirilebilmesi ve dolayısıyla TCK m. 216/1'deki suçun maddi unsurunu oluşturabilmesi, AİHS'in ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlarına ilişkin düzenlemelerini önemli kılmaktadır. Bu konuda, AİHS'in 10/1. maddesi[157] ifade özgürlüğünün içeriği bakımından önemli bir düzenlemedir. Şöyle ki 10. madde ifade özgürlüğüne ilişkin genel bir hüküm niteliğinde olmasına karşın AİHS'in "Özel ve

[153] Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 5.
[154] Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 6.
[155] AİHS m. 14'e göre; "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."
[156] A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, 9. Bası, Ankara 2011, s. 358.
[157] AİHS m. 10/1'e göre; "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir."

aile hayatına saygı hakkı hakkı" (m. 8), "Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü" (m. 9) yanı sıra "Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü" (m. 11) ifade özgürlüğüyle yakın ilişki içerisindedir. Diğer taraftan bu haklar ile AİHS'de yer alan diğer birtakım hakların ifade özgürlüğüyle çatışması da imkân dâhilindedir. Bu durumda, AİHM birinin öteki karşısındaki üstünlüğünü irdeler ki ifade özgürlüğü önemine binaen bu karşılaştırmada üstün durumda kalır. Bundan başka AİHM, karar verme süreçlerinde Amerika Birleşik Devletleri dâhil olmak üzere ifade özgürlüğüne güçlü korumanın sağlandığı ulusal anayasalara ve uluslararası belgelere dikkatle eğilmektedir[158].

Sözleşme'nin 10/1. maddesi, ifade özgürlüğünün üç unsuru olan bilgi edinme ve düşünme özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün tamamını teminat altına almaktadır. Bu hükümde, ifade özgürlüğünün kapsamına, resmî makamların müdahalesi ve ülke sınırları gözetilmeksizin haber alma veya verme serbestisinin de girdiğini belirterek unsur özgürlüklerden hem bilgi edinme ve düşünme özgürlüğüne hem de düşünceyi açıklama özgürlüğüne uluslararası bir önem ve güvence kazandırmıştır[159]. Bunların yanında düzenleme ile düşünce ve kanaat özgürlüğü kapsamında bulunan negatif nitelikteki susma özgürlüğünü de korumaktadır[160].

İfade özgürlüğü, hem kanaatlerin hem de olguların (bilginin) açıklanmasıyla ilişkili olduğundan AİHM bu iki kavram arasında baştan ayrıma gitmektedir[161]. Kanaatler, bir durum ya da olaya yönelik olarak bir bakışı veya şahsi bir değerlendirmeyi ihtiva eder. Bunların doğru veya yanlış olduğunu kanıtlamak olanaklı değildir. Oysaki kanaatlerin temeli olan olgular doğru ya da yanlış olarak kanıtlanabilir. Dolayısıyla doğruluğu tespit edilebilir veri veya olguların yanı sıra, doğruluğu kanıtlanamayan eleştiri, fikir ve spekülasyonların ifade edilmesi de 10. maddenin güvencesi altındadır. Ancak değer yargıları, yine de yeterli bir olgusal temele dayanmalıdır[162].

---

158 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 7, 8.
159 Sunay, **Avrupa …**, s. 49, 50.
160 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 17.
161 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 361.
162 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 361.

Mahkeme, sadece çoğunluğun paylaştığı düşüncelerin açıklanmasını değil, devletin veya halkın bir kesiminin hoşlanmadığı, halkın tasvip etmediği ve hatta halkın tepki gösterdiği düşünce açıklamalarını da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. Çünkü çoğunluk veya büyük gruplar tarafından paylaşılan fikirler devletlerin müdahalesine maruz kalmazlar. Bu bakımdan 10. maddenin sağladığı koruma aslında küçük bir grup veya tek kişi tarafından dile getirilen bilgi ve kanaatlerdir ki çoğu zaman bunlar, halkın büyük bölümü için aykırı, kural dışı, incitici, rahatsız edici, şaşırtıcı veya endişe verici bir niteliğe sahiptir. Bu tür fikirler keskin, aşırı sert ve abartılı dille ifade edilse dahi 10. maddenin koruması altındadır[163]. Nitekim ifade özgürlüğünün sonuçlarından biri de bireylerin bakış açılarına hoşgörü ile yaklaşmak, hoşlanılmayan şeylere tahammül göstermektir. Bu nedenle, başkalarının çıkarlarına zarar verme tehlikesi taşıyan ya da çıkarlarına fiilen zarar veren ifadeler de bu özgürlüğün kapsamında görülmektedir[164].

AİHM, ifade özgürlüğünü demokratik sistemin olmazsa olmazları arasında görmekte, diğerlerinin haklarının korunması açısından demokratik bir toplumda yeterince tanınması gerekliliğini belirtmektedir[165]. Demokrasilerde bireylere düşüncelerini açıklama imkânının verilmesini, kişilerin ve toplumun ilerlemesinin temel şartı olarak kabul etmektedir. Bu bakımdan Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün demokratik toplumlardaki önemini konuya ilişkin davaların hemen hepsinde açıkça ortaya koymaktadır. İfade özgürlüğünü demokratik toplumların temel taşlarından, asli unsurlarından biri olarak gören Mahkemenin, bir söylemin ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı konusunda en fazla başvurduğu ölçütlerden biri, demokrasi olarak karşımıza çıkmaktadır[166]. AİHM, ifade özgürlüğünün demokrasilerde herkes için önem taşıdığını belirtmekle birlikte, siyasi partiler ve mensupları için bu özgürlüğün önemini özellikle vurgulamaktadır[167].

---

[163] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 358.
[164] Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 18, 19.
[165] Yargıtay inceleme konusu suça ilişkin kararlarında, AİHM'in ifade özgürlüğü ve demokrasi ile ilgili görüşlerine değinmektedir. Y 8. CD, 4.6.2012, 2010/12318 E, 2012/18956 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).
[166] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 358; Sunay, **Avrupa …,** s. 33.
[167] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 382-384; Ali Okumuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti**, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 122;

Mahkeme, basın özgürlüğünü ve gazeteciliğe ilişkin haber kaynaklarını 10. madde kapsamında korumaktadır. Ancak burada basın, tam ve güvenilir bilgi sağlamak için uygun gazetecilik yaptığına dair iyi niyet içerisinde olmalıdır[168]. Eğer bir yayın, meşru bir amaç için iyi niyetle, halkı ilgilendiren bir konu ile ilgili olarak, olguları doğrulamak adına tüm çabalar sarf edilerek yapılmış ise olgular yanlış çıksa dahi basın sorumlu olmayacaktır[169].

Sözleşme'nin dinamikliği çerçevesinde, ifade özgürlüğü alanının genişletilmesi eğiliminde bulunan Mahkeme, sanatsal ifade özgürlüğünün de 10. madde kapsamına dâhil olduğunu kabul etmektedir[170]. Mahkeme yıllar geçtikçe, 10. maddeyi sadece siyasi beyanat, kamusal işlere ilişkin konulardaki tartışmalar veya kitaplarla sınırlı tutmamış, okul kitaplarına, akademik yazı ve araştırmalara, ticari beyanat, tıbbi veya hukuki meslekler yoluyla reklama, uydu ve kablolu program yayınlarına kadar genişletmiştir[171].

Mahkeme, bir ifadenin 10. madde kapsamında ne ölçüde korunması gerektiğine karar vermek için ifadenin türünü (siyasi, ticari, sanatsal vb.), şeklini (sözlü, yazılı, vb.), yayılması için kullanılan aracı (kişisel, yazılı medya, radyo, televizyon, film, tablo vb.), nakledilme biçimini (abartılı, acı mizah, hatta saldırgan ve provokatif), hitap edildiği topluluğu (yetişkinler, çocuklar, bütün toplum, belirli bir grup) ve düşüncenin açıklandığı yer ve zamanı göz önüne almaktadır. İfadenin doğruluğu dahi bu kriterlere bağlı olarak farklı bir anlam kazanabilmektedir[172].

AİHS sisteminde genellikle maddelerin ilk fıkralarında hak ve özgürlükler güvence altına alınmış, ikinci fıkralarda ise hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalara yer verilmiştir. Sözleşme'deki özgürlükler bakımından, 17. maddede

---

Incal/Türkiye, B. No: 41/1997/825/1031, 9.6.1998, § 54, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%C4%B1ncal%22]} (e.t. 10.9.2018).

168 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 360, 361; Lawson, "İfade Hürriyetini …", s. 261.

169 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 10, 11.

170 Lawson, "İfade Hürriyetini …", s. 259; Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 8.7.1999, § 49, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2223168/94%22]} (e.t. 10.9.2018).

171 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 359, 360; Lawson, "İfade Hürriyetini …", s. 259.

172 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 7, 17. Her ne kadar ifadenin açıklanmasında kullanılan araçlardan biri "konuşulan" dil (lisan) ise de 10. maddenin "dil" özgürlüğünü de içerir şekilde yorumlanması mümkün değildir. Kişi, 10. madde hükmünü ileri sürerek resmî işlemlerde ana dilini veya istediği dili kullanma hakkına sahip olduğu iddiasında bulunamaz. Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 357.

hüküm altına alınan genel sınırlama nedeni niteliğindeki "hakkın kötüye kullanılması yasağı" haricinde sınırlama nedenleri her hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede ilgili hak ve özgürlüğün içeriğine göre ayrı ayrı ve tahdidi biçimde gösterilmiştir. AİHS'in 10/2. maddesinde[173], bir devletin ifade özgürlüğüne müdahale etmesinin meşru sınırları belirtilerek bir bakıma sınırlamanın kaçınılmazlığı yansıtılmıştır.

AİHM, ifade özgürlüğünün ihlali iddiaları karşısında somut olayı değerlendirirken yapılan müdahalenin meşru sayılabilmesi için; sınırlamanın "AİHS'in m. 10/2'de sayılan nedenlere dayanması", "demokratik bir toplumda gerekli olması", "müdahalenin yasayla öngörülmesi" ve "müdahalenin meşru amaç ile ölçülü olması" koşullarını aramaktadır[174]:

Sözleşme'de ifade özgürlüğünün sınırlama nedenlerinin öngörülmesi (m. 10/2) bu özgürlüğün kapsamına yönelik problemleri çözmeye yeterli değildir. Sınırlama nedenleri sayılmış olsa da bunların içeriklerinin somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır[175]. Sınırlama nedeni olarak sayılan kavramların içeriğinin belirlenmesi devletlerin takdirine bırakılmıştır. Bu takdir, devletlerin ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde ülkelerinin şartlarını ve bu konudaki ihtiyaçlarını, Sözleşme organlarına göre daha iyi bilmeleri ve tespit edebilmeleri düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Kavramların içeriklerini doldurmaları bakımından devletlere bir takdir payı verilmiş ise de Sözleşme organları, yüklenen bu anlamlarla bağlı olmayıp alınan ulusal önlemlerin Sözleşme'ye uygunluğunu sağlama konusunda nihai sorumluluğu elinde tutmaktadır[176]. Sözleşme organları, bu sorumluluklarından ötürü üstlendikleri denetleyici ve tamamlayıcı fonksiyonlarıyla sınırlama nedenlerinin somutlaştırılmasında yol gösterici olmaktadır[177]. Ayrıca AİHM, Sözleşme'deki tüm özgürlükler bakımından özgürlüğü esas, sınırlandırmayı

---

[173] AİHS m. 10/2.'ye göre; "Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir."

[174] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 372, 373; Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 245; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6082.

[175] Dost, **Avrupa İnsan Hakları …,** s. 23.

[176] Okumuş, **Avrupa İnsan Hakları …,** s. 106-111.

[177] Dost, **Avrupa İnsan Hakları …**, s. 23; Lawson, "İfade Hürriyetini …", s. 252.

da istisna olarak kabul ettiğinden, 10/2. maddede yer alan sınırlama nedenleri dar yorumlanmalıdır[178].

"Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması" koşuluyla (gereklilik koşulu); demokrasinin ve demokratik toplumun korunması için ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda meşru ve toplumsal gereksinimler açısından zorlayıcı nitelikte olması ifade edilmektedir[179]. Ancak Sözleşme'de demokratik toplumun gereklerinin ne olduğu konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Sözleşme'de bu ifadenin ne manaya geldiğinin belirtilmemiş olmasının nedeni, bağlayıcı tanımlardan kaçınmak suretiyle hem insan haklarının dinamikliğine hizmet etmek hem de Sözleşme metnini daha uzun ömürlü hâle getirmek olabilir[180]. İfade özgürlüğünün kullanılması ile ilgili bir müdahale söz konusu olduğunda özgürlüğe bağlı olarak kullanılan hakların demokratik toplumdaki yeri ve önemi ayrıntılı bir biçimde denetlenmeli, getirilen sınırlamanın gerekliliği inandırıcı bir biçimde ortaya konulmalıdır[181]. Müdahale, demokratik bir toplumda kabul edilebilecek zorunlu, elzem ve hemen tatmini gereken bir sosyal ihtiyacı karşılar nitelikte olmalıdır[182]. İfade özgürlüğünün sınırlanmasında "gereklilik" koşulu da diğer koşullar gibi öncelikle taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Devletlerin "gereklilik" koşulunu değerlendirmede takdir yetkileri var ise de bu takdir, bağımsız mahkemelerce kararlar verilse dahi mutlak olmayıp AİHM'in denetimine tabidir[183]. Ancak devletlere tanınan bu takdir hakkı, ifade özgürlüğünün sınırlanması türünden alanlar için oldukça kısıtlıdır[184]. İhlal iddiaları üzerine savunma verme durumunda kalan devlet, sınırlama ihtiyacını inandırıcı biçimde gerekçelendirmek ve müdahalesinde haklı olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür[185]. Mahkeme bu koşul ile ilgili değerlendirmelerinde somut olaya; "sıkıştıran bir toplumsal ihtiyaç", "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim", "ağır bir sosyal ihtiyaç",

---

178 Sunay, **Avrupa …**, s. 73, 74; Özek, Çalışlar, **Düşünce ve İfade Özgürlüğü**, s. 28.
179 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 378.
180 Okumuş, **Avrupa İnsan Hakları …**, s. 126.
181 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 363, 379.
182 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 378, 382-384.
183 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 378; Zana/Türkiye, B. No: 69/1996/688/880, 25.11.1997, § 58-62, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22zana%22]} (e.t. 10.9.2018).
184 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 6.
185 Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 7; Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 358.

"bu ihtiyacı karşılayan uygun, inandırıcı ve yeterli gerekçe" kriterlerini uygulayarak karar vermektedir[186].

AİHM, Türk yargı organlarınca "halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu" kapsamında nitelendirilen eylemleri genellikle "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim" koşulu (gereklilik koşulu) çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHM konuya ilişkin olarak bir kararında; başvurucunun cezaevindeyken günlük ulusal bir gazetede verdiği röportajda sarf ettiği sözleri nedeniyle hakkında hükmedilen hapis cezasının ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini incelemiştir. AİHM, başvurucunun röportajda hem şiddete başvuran bir terörist örgüt olan PKK'yı desteklediğini hem de katliamların karşısında bulunduğunu belirterek sarf ettiği sözlerin çelişkili ve belirsiz olduğunu tespit etmiştir. AİHM, başvurucunun açıklamalarını olayın somut koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekerek, güneydoğunun önemli kentlerinden birinin eski belediye başkanı olan başvurucunun, PKK'nın sivillere karşı bölgede geçekleştirdiği kanlı saldırıları ile aynı döneme rastlayan röportajıyla PKK'ya verdiği desteğin bölgede patlamaya hazır durumda bulunan havayı daha da ağır hâle getireceğini dikkate alarak başvurucuya verilen hapis cezasının "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim"in sonucu olduğunu kabul etmiştir[187].

"Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması" koşulunun değerlendirildiği bir başka başvuruya konu olayda; bir gazetenin imtiyaz sahibi başvurucu, 17 Ağustos depremi sonrasında gazetenin eki olarak "İlahi ikaz deprem" başlıklı broşür dağıtmış ve ayrıca bir basın toplantısında 28 Şubat süreci ve deprem bağlantısına ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Bu eylemler nedeniyle, hakkında TCK m. 216/1'den hapis ve adli para cezasına hükmedilmiştir. AİHM, başvuranın cezalandırılması suretiyle ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulmasına karşın bunun açıkça ve öngörülebilir bir şekilde TCK'da düzenlendiğini, müdahalenin kamu düzenin sağlanması meşru amacına yönelik olduğunu belirtmiştir. AİHM, başvuranın açıklamalarının muhatapları için şok edici ve hakaret içerikli olsa da

[186] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 377-381.
[187] Zana/Türkiye, § 58-61.

sözlerin şiddeti teşvik etmediği ve kine kışkırtmadığı değerlendirmesinde bulunarak "müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olmadığı"na karar vermiştir[188].

İfade özgürlüğüne yapılacak "müdahalenin yasayla öngörülmesi" koşulu ile ilgili olarak, Sözleşme'de geçen *"yasa"* ve *"yasal"* kelimeleri (m. 10), yasama organı tasarruflarına münhasır değildir. Hak ve özgürlüklerin hangi tür tasarrufla düzenleneceği bir iç hukuk sorunudur. Sözleşme dilindeki "yasa", türü ne olursa olsun (kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat vb.) soyut norm koyan, düzenleyici tasarruflardır[189]. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili olan yasayla öngörülme koşulunun kıstasları ve ne anlama geldiği Sözleşme organlarınca çeşitli kararlarda ifade edilmiştir. "Yasallık" koşulunun Mahkeme içtihadındaki anlamı; ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden tedbirlerin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunması, dayanılan yasa hükümlerinin ulaşılabilir ve anlaşılabilir niteliğe sahip olmasıdır[190]. "Yasallık" koşulunun başka bir ifadesi olan "hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşırlık" gereğince, iç hukukta Sözleşme'yle koruma altına alınan özgürlüklere keyfî müdahaleleri önleyecek bir koruma sistemi bulunmalıdır. Hatta yasada resmî makamlara tanınan takdir yetkisinin kapsamı, keyfî uygulamaları önleyecek şekilde gösterilmelidir[191].

"Müdahalenin meşru amaç ile ölçülü olması" koşulu; iki farklı menfaat arasındaki dengeyi veya ulaşılmak istenilen meşru amaçla müdahalenin gerekçesi olan bu amaç için kullanılan araç (alınan önlem) arasındaki orantılılığı veyahut müdahaleyle elde edilecek genel yarar ile müdahalenin neden olduğu bireysel zarar (mahrumiyet) arasındaki orantıyı ifade etmektedir[192]. Kısaca hak ve özgürlüğe yapılan müdahalede veya alınan önlemde ölçüyü (oranı) kaçırmamaktır. İfade özgürlüğünün sınırlanması bakımından amaç, Sözleşme'nin 10/2. maddesinde

---

[188] Kutlular/Türkiye, B. No: 73715/01, 29.4.2008, § 36-38, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2273715/01%22]} (e.t. 10.9.2018).

[189] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 376; Incal/Türkiye, § 41.

[190] Sunay, **Avrupa …**, s. 123; Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 375, 376; Okumuş, **Avrupa İnsan Hakları …**, s. 132; Kutlular/Türkiye, § 36-38; Sürek 1/Türkiye, B. No: 26682/95, 8.7.1999, § 45, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22s%C3%BCrek%22]} (e.t. 10.9.2018).

[191] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 375. İkinci fıkrada geçen "*bazı biçim koşullarına (merasimlere)"* örnek olarak; süreli yayın hakkında beyanname sunmak, sorumlu müdür atamak veya özel radyo ve televizyon işletmek için birtakım şartlar öngörmek gösterilebilir. Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 384.

[192] Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …,** s. 145, 380.

belirtilen amaçlardır. Araç ise bu amaçların gerçekleşebilmesi için ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler, alınan tedbirlerdir. Başka bir deyişle ulusal yasalarda yer alan yaptırımlardır. İfade özgürlüğüne müdahale teşkil eden tedbir ve bu tedbirle güdülen meşru amaç arasında denge yoksa Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali söz konusudur[193].

İfade özgürlüğünün sınırları konusunda diğer bir husus, "hakkın kötüye kullanımı yasağını" düzenleyen AİHS'in 17. maddesidir. Bu madde, "özgürlüğü yok etme özgürlüğü"nün kabul edilemez olduğunu belirtmektedir. Böylece diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğünü de yok etmeye yönelik her türlü eylem ve faaliyet özgürlük kapsamında değerlendirilmemektedir. AİHM, Sözleşme'nin 17. maddesi çerçevesinde, ifade özgürlüğünün diğer hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak kullanılamayacağını belirtmektedir[194]. AİHM, başvurularda 17. maddeyi iki şekilde uygulamaktadır. Bunlardan ilki, Sözleşme'nin temel değerlerine aykırılık oluşturan ifadeleri 10. madde kapsamında değerlendirmeyerek, yapılan başvuruyu 17. maddeye göre hakkın kullanımı yasağı dâhilinde kabul edilemez bulmasıdır. Diğeri ise başvuruya konu ifadeleri, 10. maddenin ikinci fıkrası öngörülen özgürlüğün sınırlandırılması sebepleri çerçevesinde denetlerken 17. maddeyi bir yorum aracı olarak kullanmasıdır. 17. maddenin kabul edilebilirlik aşamasında değerlendirilmesine doğrudan uygulama; yorum aracı olarak kullanılmasına ise dolaylı uygulama denilmektedir[195].

AİHM, hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik ve tahrik eden, yücelten veya haklı gösteren ya da düşmanlık ve nefret uyandıran şiddeti teşvik ve tahrik eden veya şiddet içeren, şiddeti yücelten veya meşrulaştıran ifadeleri "nefret

---

[193] AİHM'in alınan tedbir ile güdülen meşru amaç arasında denge koşulu değerlendirmesi yaptığı başvuruda, illegal bir siyasi partinin üyelerinden birinin biyografisine yer verdiği için toplatılan kitabın yayıncısının para cezasına çarptırılmasının hak ihlali olup olmadığını incelemiştir. AİHM, kitabın belgesel niteliği taşıdığına dair bilirkişi raporuna istinaden yazarı hakkında beraat kararı verildiğini vurgulamıştır. AİHM; biyografi niteliğindeki kitabın hangi yönüyle kişileri kin ve düşmanlığa tahrik ettiğine yerel mahkeme kararında yer verilmediğini, farklı hâkimlerle teşekkül eden aynı mahkemece iki yıl sonra aynı konuda farklı bir sonuca varıldığını belirtmiştir. AİHM, kitabın toplatılması konusunda acil bir sosyal ihtiyaç (gereklilik) bulunmadığı ve müdahale ile elde edilmek istenen amacın orantısız olduğu tespitini yapmıştır. Öztürk/Türkiye, B. No: 22479/93, 28.9.1999, § 67, 71, 74, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2222479/93%22]} (e.t. 10.9.2018).

[194] Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 7.

[195] Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 86.

söylemi" kapsamında görmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin 10/2. maddesi ya da 17. maddesi hükümlerini uygulayarak nefret söylemini ifade özgürlüğü içeriğine dâhil etmemektedir[196]. AİHM, nefret söylemi ile ilgili içtihadını iki farklı yaklaşım üzerine kurmuştur. Sözleşme'nin temel değerlerini dışlayan veya öngördüğü demokratik düzeni yıkma amacı taşıyan nefret söylemini, Sözleşme'nin hakları kötüye kullanma yasağını düzenleyen 17. maddesi kapsamında incelemektedir. Sözleşme'nin temel değerlerini yok etme veya inkâr etme kapasitesine ulaşmadığını değerlendirdiği "nefret söylemi"ne ilişkin ifadeler yönünden ise Sözleşme'nin 10/2. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün sınırlanma koşullarını gözeterek inceleme yapmaktadır[197]. Bu kapsamda AİHM'e yapılan bir başvuruda; Türkiye'nin doğu kesimlerinde gerçekleştirilen askeri operasyonlara dair iki okuyucu mektubunun haftalık bir dergide yayımlanması üzerine mahkûmiyetine karar verilen dergi sahibi, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, mektuplardaki ifadelerin şiddeti meşru hâle getirdiği değerlendirmesinin yanında bazı kişilerin isminin açıkça verilmesinin onlara yönelik nefreti teşvik ettiği ve bu kişileri muhtemel şiddet tehlikesi altında bıraktığını belirterek ihlal olmadığı kararını vermiştir[198].

AİHM içtihatlarında, sarf edilen sözlerin şiddeti teşvik edip etmediğinin tespiti açısından kullanılan kelimelerin ve bu kelimelerin nasıl bir bağlamda sarf edildiklerinin nazara alınması gerekliliği belirtilmektedir[199]. AİHM, Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda; haftalık bir dergide yayımlanan somut olaya konu okuyucu

---

[196] Macovei, **İfade Özgürlüğü**, s. 7; Zana/Türkiye, § 58-62; Sürek 1/Türkiye, § 53; Sürek 3/Türkiye, B. No: 24735/94, 8.7.1999, § 36, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22s%C3%BCrek%22]} (e.t. 10.9.2018); Gündüz/Türkiye, B. No: 35071/97, 4.12.2003, § 40, 48, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2235071/97%22]} (e.t. 10.9.2018).

[197] Sürek 1/Türkiye, § 60-62.

[198] Sürek 1/Türkiye, § 62. AİHM, başka bir kararında; başvurucunun haftalık bir gazetede yayımlanan makalesinde "Ilımlı İslam" hakkındaki görüşlerini içeren ifadeleri nedeniyle mahkûmiyetine hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Bu kararda, başvurucunun ifadelerinin şiddete çağrı niteliğinde olduğu belirtilerek ifadelerde toplumun geneli tarafından tanınan bir yazarın isminin açıkça verildiği ve bu durumun yazarı ciddi bir şiddet tehlikesi altında bıraktığına vurgu yapılarak başvurunun dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir. Gündüz/Türkiye, B. No: 59745/00, 13.11.2003, § 33, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2259745/00%22]} (e.t.10.9.2018).

[199] Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16.3.2000, § 63, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2223144/93%22]} (e.t. 10.9.2018); Sürek 4/Türkiye, B. No: 24762/94, 8.7.1999, § 12, 58, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2224762/94%22]} (e.t. 10.9.2018).

mektuplarında kullanılan kelimelerin açıkça şiddeti teşvik edip etmediğine ve kelimelerin kullanıldığı bağlamı incelemiştir. Mahkeme, kanlı bir intikama çağrı niteliğinde olan mektupların, okuyucuya şiddete başvurunun haklı ve gerekli olduğu mesajı verdiğini ve bölgede köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırmak suretiyle şiddete daha fazla sebebiyet vereceğini değerlendirmesinde bulunmuştur. Kararda, mektupların Türkiye'nin güneydoğusundaki güvenlik durumu bağlamında yayımlanmış olmasına ayrıca dikkat çekilerek 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır[200].

AİHM'in, şiddet içeren veya şiddeti tavsiye eden içeriğe sahip bulunmasına rağmen bu tür ifadeleri de ifade özgürlüğü kapsamında görerek 10. maddenin ihlal edildiğine dair kararlarına da rastlanmaktadır[201]. Mahkeme, bu tür ifadeler nedeniyle Türkiye aleyhine yapılan başvurularda, terörizmle mücadelenin önemini kabul etmekle beraber, şiddet içermediği veya şiddetin teşvik edilmediği, devletlere tanınan takdir marjının aşıldığı, müdahale teşkil eden tedbirin "demokratik bir toplumda sıkıştıran ihtiyaçla orantılı olmadığı" gibi gerekçelerle 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[202].

1.4.8. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Kararları

AGİT, 1975 yılında bir dizi müzakere ve konferansın ardından ortaya çıkmış, 1994 yılında ise uluslararası bir teşkilata dönüşmüştür[203]. Teşkilat, diğer hedeflerinin yanı sıra üye devletlerin demokratikleşmesi, hukukun üstünlüğünü tanıması, insan

---

200 Sürek 1/Türkiye, § 58-64.

201 Gözübüyük, Gölcüklü, **Avrupa …**, s. 382-384; Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 254, 255.

202 AİHM, Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda; haftalık bir gazetede yayımlanan ve Kürt halkının baskı altında tutulduğu, öldürüldüğü ve susturulduğunu içeren makalesi nedeniyle başvurucunun TCK m. 216/1'den hapis ve adli para cezasına mahkûm edilmesinin 10. maddeyi ihlal edip etmediğini incelemiştir. AİHM, makalede kullanılan "devlet terörü" ve "katliam" gibi kelimeler nedeniyle ülkenin bu bölgelerindeki Türk yetkililerin fiillerine yönelik eleştirinin sert olduğunu ve yazıda keskin bir dil kullanıldığını kabul etmiştir. Ayrıca Mahkeme, bir kişiye veya kamu görevlisine ya da halkın bir kesimine karşı şiddetin tahrik edildiği hâllerde ifade özgürlüğüne bir müdahalenin gerekip gerekmediği tespiti yapılırken devlet yetkililerinin daha geniş bir takdir yetkisinden faydalanacakları değerlendirmesinde bulunmuştur. Buna karşın kişileri şiddet veya silahlı ayaklanmaya teşvik eden bir durumun makalede yer almadığını kabul edip yaptırımın ağırlığını gözeterek 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ceylan/Türkiye, B. No: 23556/94, 8.7.1999, § 32-38, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2223556/94%22]} (e.t. 10.9.2018).

203 Türkiye, Teşkilatın kurucu üyesidir.

hakları ihlallerinin önüne geçmesi ve bu hakları güvence altına alması yönündeki çabalarına destek ve yardımda bulunmayı amaç edinmektedir[204].

Teşkilatın kurumsallaşmasının başlangıcı sayılan Paris Şartı[205], nefret söylemi bağlamında demokrasi, hoşgörü ile ifade özgürlüğüne yönelik olarak; demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğünün bulunduğunu belirttikten sonra, demokrasinin, ifade özgürlüğünün, toplumun oluşturan her gruba yönelik hoşgörüde bulunulması ve fırsat eşitliğinin bu toplumun her alanına yayılmasının güvencesi niteliğinde olduğunu açıklamıştır[206].

AGİT Avrupa Güvenlik Şartı'nda[207], insan hak ve özgürlüklerin ihlali, hoşgörüsüzlük, şovenizm, ırkçılık, saldırgan milliyetçilik, yabancı ve Yahudi düşmanlığı ile mücadele etme konusunda taahhütte bulunulmuştur. Bu taahhüt, Teşkilatın nefret söylemi, nefret suçu ve ayrımcılık içeren ifadelerle ilgili duruşunu ortaya koymuştur. Teşkilat, nefret suçunu; mülk, kişi veya hedefin ırk, ulus, etnik köken, dil, din, renk, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik ya da benzer faktörlere dayalı olarak bir grupla bağlantısı, destekçisi ya da üyesi olduğu için mülk, kişi ya da hedefe karşı işlenen herhangi bir suç biçiminde tarif etmiştir.

Teşkilatın karar organı niteliğinde olan Bakanlar Konseyinin nefret söylemine ilişkin olarak 3-4 Aralık 2001 tarihlerinde aldığı 5 sayılı Karar'da[208]; üye devletlerin ayrımcılık yapmama ve hoşgörü konularında farkındalık yaratılması amacıyla eğitim ve kampanyaları düzenlemesi, bu konularda çalışma yapılarak ve hoşgörü ve ayrımcılık yapmama ilkesinin geliştirilmesi tavsiye edilmiştir. Bakanlar Konseyinin nefret söylemine ilişkin 6-7 Aralık 2002 tarihli ve 6 sayılı Karar'da[209] ise saldırgan milliyetçilik, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, şiddetli radikalizm ile nefret söylemi

---

[204] Faruk Sönmezoğlu, **Uluslararası İlişkiler Sözlüğü**, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 72; Fatih Karaosmanoğlu, **İnsan Hakları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 210.

[205] AGİT 21.11.1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı metni için bkz. http://www.osce.org/odihr/26759 (e. t. 19.2.2019).

[206] Abdurrahman Eren, **Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 677.

[207] AGİT 19.11.1999 tarihli Avrupa Güvenlik Şartı (İstanbul Şartı) metni için bkz. https://www.osce.org/mc/39569 (e.t. 19.2.2019).

[208] AGİT Bakanlar Konseyinin 3-4 Aralık 2001 tarihli ve 5 sayılı Kararı için bkz. https://www.osce.org/mc/40515 (e. t. 19.2.2019).

[209] AGİT Bakanlar Konseyinin 6-7 Aralık 2002 tarihli ve 6 sayılı Kararı için bkz. https://www.osce.org/mc/40521 (e. t. 19.2.2019).

kınanmış ve bunlara zemin hazırlayan olguların kaldırılmasına katkı sağlanması benimsenmiştir. Bu doğrultuda, hoşgörü ve ayrımcılık yapmama ilkesinin gelişimi konusunda uluslararası organizasyonlarla işbirliği yapma kararı verilmiştir.

1.4.9. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları

1.4.9.1. Nefret Söylemi Konulu (97) 20 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30.10.1997 tarihli ve (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı'nda[210] nefret söylemi uluslararası boyutta ilk kez tanımlanmıştır[211]. Komitenin bu kararı gereğince, nefret söylemi, mutlaka belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamalıdır. Karar, nefret söyleminin tanımlanması, devletlere bu kapsamdaki söylemleri önlenmesi konusunda TCK m. 216/1'deki suça benzer suçları oluşturması ve medyadaki nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki sınırın tespiti hususlarında tavsiyelerde bulunması açısından önemlidir.

Karar'da nefret söylemine ilişkin yedi prensip mevcuttur. Bu prensiplerde, ulusal, bölgesel ve yerel kamu otorite, kurumların ve kamu görevlilerinin özellikle medya alanında ırkçılık, yabancı düşmanlığı, ayrımcılığı ya da nefretin diğer türlerini haklı göstermesi, yayması veya teşvik etmesinden kaçınması ve bunları yasaklaması tavsiye edilmiştir. Devletlerin idari ve yargı organlarının nefret söylemlerine karşı ifade özgürlüğü ile insan onuru ve başkalarının şöhretine saygı bağlamında medeni hukuk, idari ve cezai alanda hukuki çerçeve kurmaları tavsiyesinde bulunulmuştur. İfade özgürlüğüne yapılacak bir müdahalenin objektif olması, kanuni olması ve dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. İç hukukun uygulanmasında ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasındaki ilişkinin takdirinde ve orantılılık ilkesinin kullanılmasında dikkatli davranılması üzerinde durulmuştur. Nefret söylemine ilişkin düzenlemeler ile toplumun bilgi edinme ve fikir edinme hakkı ve medyada yer alan nefret söylemi arasındaki ilişkinin gözetilmesinden bahsedilmiştir.

---

[210] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30.10.1997 tarihli ve (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp (e.t. 19.2.2019).

[211] Kararda nefret söylemi; "Azınlıklara, göçmenlere veya göçmen kökenlilere karşı saldırgan milliyetçilik veya etnik merkeziyetçilik, ayrımcılık ve düşmanlık içerenler de dâhil olmak üzere, ırkçı nefret, yabancı düşmanlığı, antisemitizm veya hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, tahrik veya teşvik eden veya haklı gösteren her türlü ifade biçimi" şeklinde ifade edilmiştir.

1.4.9.2. Medya ve Hoşgörü Kültürünün Geliştirilmesi Konulu (97) 21 sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30.10.1997 tarihli R (97) 21 sayılı Tavsiye Kararı'nda[212], medya aracılığıyla toplumda hoşgörü kültürünün teşviki ve geliştirilmesi konuları üzerinde durulmuştur. Karar, medya açısından önem taşıyan ve hoşgörü kültürünün gelişimine yardım edebilecek tavsiyeler içermektedir. Bu tavsiyeler, medya eğitimlerinin çok kültürlü yapıyı destekleyici içerikte olması, medya kuruluşlarının ırkçı ve hoşgörüsüz içerikli davranışları ve gruplar arasındaki gerilimleri aktarırken hassas olması ve topluluklar arasında hoşgörünün geliştirilmesi yönünde hareket etmesi şeklindedir. Yayınların aşağılayıcı tasvirlerden kaçınılarak nesnel biçimde yansıtılması, kişiye aidiyet içinde bulunduğu gruptan bağımsız bir biçimde davranılması, hoşgörüsüzlükle mücadele edilmesi ve bu konuda toplumun uyarılması, çok kültürlülüğün önemini gösteren reklamlara yer verilmesi ve reklam sektöründe ayrımcılığı yasaklayan etik kuralların oluşturulması diğer tavsiyelerdir.

Bakanlar Komitesinin 12.2.2004 tarihli Deklarasyonu'nda[213]; siyasi tartışma konusundaki özgürlüğün, ırkçılık, nefret veya hoşgörüsüzlüğü kapsamına almadığı belirtilmiştir. Medyanın gerçekleştirdiği nefret söylemlerinde verilecek cezanın, kişilerin hak ve saygınlığına yönelen ihlalin ağırlığı ile orantılı olacak şekilde belirlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

1.5. DİĞER ÜLKELERİN MEVZUATI

1.5.1. Genel Olarak

TCK m. 216'nın gerekçesinde[214] ifade edildiği gibi hukuk devleti olma standardı yüksek olan birçok ülkenin ceza kanunlarında veya özel kanunlarında bu suçu düzenleyen benzer hükümlere rastlanmaktadır. Aşağıda detaylı anlatılacağı üzere ilgili hükümleri bu başlıkta genel olarak değerlendirdiğimizde, söz konusu

[212] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30.10.1997 tarihli R (97) 21 sayılı Tavsiye Kararı için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dhlgbt_docs/CM_Rec(97)21_en.pdf (e.t. 19.2.2019).

[213] Bakanlar Komitesinin medyada siyasi tartışma özgürlüğünü konu alan 12.2.2004 tarihli Deklarasyonu için bkz. http://www.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995 (e.t. 19.2.2019).

[214] Gerekçe için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf (e.t. 3.9.2018).

hükümlerin bazı devletlerde ceza kanunları dışında özel kanunlarda da yer aldığı görülmektedir. Bunun yanında suçu ceza kanunlarında düzenleyenlerin suçun kapsamı ve korunan hukuki menfaat ile grupların durumuna göre farklı bölüm veya başlıklarda suça yer verdikleri anlaşılmaktadır.

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu"na benzer suçlar diğer ülkelerin mevzuatında genel olarak kamu düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmektedir. Suçun kanuni tanımında çoğunlukla nefret söylemini ve ayrımcılığı doğrudan cezalandırmaya yönelik ifadelere yer verildiği ve bu durumun bazen suçun isimlendirilmesine de yansıdığı görülmektedir. Suçun faili açısından kanunlar arasında bir ayrım bulunmamakta, herkes suçun faili olabilmektedir. Tahrike yöneltilenler veya maruz kalanlar "halk", "halk kesimleri", "halk grupları", "bireyler" veya "sosyal sınıflar" şeklinde belirtilmektedir. Ülkelerin mevzuatında genelde, ırk, din, mezhep, milliyet, etnik köken, cinsiyet gibi farklılıklara dayalı olarak kin, kin ve düşmanlığa, nefrete, ayrımcılığa veya şiddete tahrik edilme söz konusudur. Kanunlarda suçun maddi unsurunun hareket kısmını çoğunlukla tahrik, propaganda, kışkırtma veya teşvik gibi kelimelerle ifade edilmektedir. Suçun oluşumu için bazı kanunlar fiilin alenen işlenmesini aramaktadır. Suç, somut veya soyut tehlike suçu olarak düzenlenmektedir. Somut tehlike durumu genelde, "kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde" ibaresi kullanılmak suretiyle ifade edilmektedir. Uygulanan yaptırım açısından ise kanunlar arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Bazı kanunlar suçun karşılığı olarak yalnızca hapis cezası veya yalnızca para cezası öngörürken bazıları para veya hapis cezasını yahut hem para hem hürriyeti sınırlayıcı ceza öngörmektedir. Tamamlayıcı cezalar öngören kanunlara da rastlanmaktadır. Bunlar, silah bulundurma veya taşımanın yasaklanması ya da suçta kullanılmak için hazırlanan veya kullanılan veya suçla elde edilen eşyanın müsaderesi, kamu hizmetinde çalışma gibi cezalardır.

1.5.2. Almanya

1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun "Kamu Düzeni Karşı Suçlar"ın düzenlendiği 7. bölümünün 130. maddesinde, "Nefrete tahrik" adıyla TCK m. 216/1'deki suça benzer bir hükme yer verilmiştir. Yedi fıkradan oluşan madde kazuistik bir yapıya sahiptir. Fıkralar ve bentler ile Kanun'un diğer maddelerine

oldukça fazla gönderme yapılmıştır. 1871 tarihli Kanun, 1960, 1994, 2011 ve 2015 yıllarında değişikliğe uğramıştır. 130. maddesinin birinci fıkrası 16.3.2011 tarihli Kanun, ikinci fıkrası 16.3.2011 ve 21.1.2015 tarihli Kanun, beşinci fıkrası ise 21.1.2015 tarihli Kanun ile değiştirilerek bu Kanunla ayrıca maddeye altıncı fıkra eklenmiştir[215].

Alman Ceza Kanunu'nun 130. maddesinin ikinci ve beşinci fıkrasında geçen *"yazı"* kelimesi ile gönderme yapılan aynı Kanun'un 11. maddesinin üçüncü

[215] 130. maddeye göre; "(1) Her kim, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde,
1. Milli, ırki, dini veya etnik kökeni nedeni ile belirlenmiş bir gruba, karşı halk kısımları veya yukarıda belirtilen grup veya halkın diğer kısımlarına aidiyeti nedeniyle bireylere karşı kine tahrik eder veya onlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunursa; veya
2. Yukarıda belirtilen bir gruba, halkın bazı kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruba veya halkın bir kısmına aidiyeti nedeniyle bireylere sövmek suretiyle, onları kötü maksatla küçük düşürerek veya bilerek gerçek dışı olgu isnat etme şeklinde kötüleyerek, insanlık onuruna saldırıda bulunursa,
üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) Her kim,
1. Bir yazıyı (m. 11, fıkra 3) yayar ve kamunun ulaşabilmesini sağlar veya onsekiz yaşından küçük bir kişiye bir yazı sunar, ona bırakır veya ulaşabilmesini sağlarsa ve bu yazı;
a) Birinci fıkranın 1 numaralı bendinde belirtilen gruplara, halk kesimlerine veya birinci fıkranın 1 numaralı bendinde belirtilen gruplara aidiyeti nedeniyle bireylere karşı kine tahrik ederse,
b) (a)'da belirtilen bireylere veya gruplara karşı cebri veya keyfi muamele yapılması için çağrıda bulunursa; veya
c) (a)'da belirtilen bireylere veya gruplara insanlık onuruna, bunları söverek, kötü maksatla küçük düşürerek veya bilerek gerçek dışı olgu isnat etmek şeklinde kötüleyerek saldırırsa,
2. 1 numaralı bendin (a) ilâ (c)'de belirtilen içeriğe radyo ve telekomünikasyon medyaları yoluyla onsekiz yaşının tamamlamamış olan bir kişinin veya kamunun ulaşabilmesini sağlarsa,
3. Yazıyı veya bunlardan elde edilen parçaları, 1 veya 2 numaralı bentler anlamında kullanmak veya başka bir kişinin bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacıyla 1 numaralı bendin (a) ilâ (c)'de belirtilen içeriğe sahip bir yazıyı (m. 11 fıkra 3) üretir, başka birinin vasıtasıyla alır, teslim eder, depolar, sunar, onun için reklam yapar, ithal veya ihraç etmeye girişirse,
üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.
(3) Devletler Ceza Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nasyonal sosyalist iktidar altında işlenen bir fiili, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantı sırasında onaylayan, inkâr eden veya zararsız gibi gösteren kişi, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.
(4) Her kim, aleni olarak veya bir toplantı sırasında cebir ve keyfiliğe dayanan nasyonel sosyalist iktidarı onaylayarak, yücelterek veya hukuka uygun gibi göstererek, mağdurların onurunu ihlal edecek biçimde, kamu barışını bozarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.
(5) Üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen içeriğe sahip yazı (m. 11 fıkra 3) hakkında da ikinci fıkranın 1 ve 3 numaralı bentleri hükmü uygulanır. Her kim, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen içeriğe radyo ve telekomünikasyon medyaları yoluyla onsekiz yaşını tamamlamamış küçük bir kişinin veya kamunun ulaşabilmesini sağlarsa, ikinci fıkranın 2 numaralı bendi uyarınca da cezalandırılır.
(6) Beşinci fıkra bağlantılı olsa da, ikinci fıkranın 1 ve 2 numaralı bendine giren hallerde, teşebbüs cezalandırılır.
(7) Beşinci fıkra ile de bağlantılı olarak, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralara giren hallerde, 86. maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.", Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB),** 2. Baskı**,** Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 224-227. İngilizce metin için bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (e.t. 8.9.2018).

fıkrasında; *"Bu fıkraya gönderme yapılan hükümler açısından ses ve görüntü taşıyan aletler, veri depolama üniteleri, resim ve sair görüntü yazı ile eşdeğerdir."* denilmiştir[216]. 130. maddenin yedinci fıkrasıyla gönderme yapılan bir diğer madde, "Anayasaya aykırı organizasyonların propaganda araçlarının dağıtılması" başlıklı 86. maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrasında; bir kimsenin, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kesin bir kararla Anayasa'ya aykırı olduğu hükme bağlanmış olan bir siyasi parti veya örgütün propaganda araçlarını yurt içinde dağıtması veya dağıtmak üzere imal etmesi veya veri toplama ünitelerinde alenen ulaşılabilir hâle getirmesi cezalandırılmıştır. Yedinci fıkrada gönderme yapılan 86. maddenin üçüncü fıkrası ise birinci fıkrada belirtilen propaganda araçlarına ilişkin eylemlerin, yurttaşların aydınlatılmasına, Anayasa'ya aykırı çabaların önlenmesine, sanat veya bilim, araştırma veya öğreti, güncel veya yakın tarih ile ilgili olan olaylar hakkında haber vermeğe veya benzeri amaçlara hizmet etmesi hâlinde suç oluşturmayacağını hükme bağlamaktadır[217].

130. maddenin, Alman Ceza Kanunu'nun kamu düzenine karşı suçlar içerisinde yer alması suçta korunan hukuki menfaatin kamu düzeni olduğuna işaret etmektedir. 130. maddenin "Nefrete tahrik" başlığı, maddenin farklı içerik ve türdeki konularda nefret söylemine ilişkin suçları düzenlemiş olmasıyla oldukça uyumludur. 130. maddenin birinci fıkrasının 1 numaralı bendi ile ikinci fıkrasının 1 numaralı bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde tanımlanan suçlar TCK m. 216/1'deki suçun içeriğiyle benzerdir. İkinci fıkrada, birinci fıkrada gerçekleştirilen eylemlere ilişkin yazıların (Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrası anlamındaki) çeşitli vasıtalarla belirli yaşın altındaki kişilere veya kamuya ulaştırılması, dağıtılması, yayılması, sunulması, teslim veya tedarik edilmesi, üretilmesi, depolanması veya ihraç veya ithal edilmesi biraz daha hafif cezayla yaptırıma bağlanmıştır. Bu manada ikinci fıkra, inceleme konusu suçun TCK m. 218'de öngörülen basın ve yayın yoluyla işlenmesi şeklindeki nitelikli hâlini kapsayan ayrı bir suç olarak görülebilir. Üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci fıkralardaki düzenlemelerde ise nasyonal sosyalist iktidar altında işlenen fiiller, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine gönderme yapılarak cezalandırılmaya tabi tutulmuştur. Maddenin TCK m. 216/1'deki suç ile

[216] Yenisey, Plagemann, **Alman Ceza Kanunu …**, s. 14.
[217] Yenisey, Plagemann, **Alman Ceza Kanunu …**, s. 156, 157.

ilgili kısmı açısından herkes fail olabilir. Bu kısımda tahrik edilenler, milli, ırki, dini veya etnik kökeniyle belirli olan bir grup, halk kısmıdır. Tahrike maruz kalanlar ise belirtilen grup ve halk kesimine aidiyeti bulunan bireylerdir. Suçun maddi unsurunun hareket kısmını kine tahrik etme, cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunma olarak ifade edilmiştir. Birinci fıkradaki suçun oluşması için söz konusu hareketlerin kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde icra edilmesi gerekir. Bu durum suçun, somut tehlike suçu olarak düzenlendiğine işaret etmektedir. Ayrıca birinci fıkradaki suçun oluşumu için hareketlerin alenen işlenmesi aranmamıştır. İkinci fıkradaki eylemler ise suça aleniyet kazandıran türdendir. Birinci fıkradaki suç için sadece hapis cezası öngörülmüştür. İkinci fıkradaki suç için adli para cezası veya hapis cezası belirlenmiştir.

1.5.3. Fransa

1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu ve 1881 tarihli Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nda inceleme konusu suça benzer hükümler yer almaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun R625-7. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası kabahat şeklinde ayrımcılığa, kine ve şiddete aleni olmayan tahriki; Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 24. maddesinde ise ayrımcılığa, kine ve şiddete aleni tahrik suçunu düzenlenmiştir.

Fransız Ceza Kanunu'nda kabahatlerin yer aldığı 6. kitabının, "Ayrımcılığa, kine ve şiddete aleni olmayan tahrik" başlığını taşıyan R625-7. maddesine yer verilmiştir[218]. Maddenin hem birinci hem de ikinci fıkrasında, "Ayrımcılığa, kine ve

[218] R625-7. maddesine göre; "Belirli bir etnik gruba, millete, ırka veya dine mensup olmaktan veya olmamaktan ya da mensup olunduğu ya da olunmadığının zannedilmesinden veyahut da kökeninden dolayı bir kişiye ya da gruba karşı aleni olmayan biçimde ayrımcılığa, kine veya şiddete tahrikte bulunmak, beşinci sınıf kabahatler için öngörülen para cezası ile cezalandırılır.
Bir kişi ya da grup aleyhine cinsiyetleri, cinsel tercihleri veya engelleri nedeniyle kine ya da şiddete aleni olmayan şekilde tahrikte bulunmak ile bu aynı kişilere karşı 225-2 ve 432-7 maddelerinden öngörülen ayrımcılıklara yönelik tahrikte bulunmak da aynı ceza ile cezalandırılır.
Bu maddede öngörülen kabahat failleri aynı zamanda aşağıdaki tamamlayıcı cezalara çarptırılır:
1) 3 yıl veya daha uzun süreyle izne bağlı silahların bulundurulması veya taşınmasının yasaklanması,
2) Hükümlünün serbest kullanım hakkı olan ya da mülkiyetinde bulunan bir veya birden fazla silahın müsaderesi,
3) Suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesi için hazırlanan veya suçtan elde edilen eşyanın müsaderesi,
4) 20 saatten 120 saate kadar bir süre için kamu hizmetinde çalışılması,

şiddete aleni olmayan tahrik" kabahat olarak düzenlenmiştir. İkinci fıkra, maddeye 18.6.2010 tarihinde eklenmiştir. İkinci fıkrada gönderme yapılan Kanun'un 225-2. maddesi, gerçek ve tüzel kişilerin; 432-7. maddesi ise kamu görevlilerinin işleyebileceği ayrımcılık suçuna yer vermiştir[219]. Birinci fıkrada düzenlenen kabahatin maddi unsuru, belirli bir etnik gruba, millete, ırka veya dine mensup olmaktan veya olmamaktan dolayı bir kişiye ya da gruba karşı aleni olmayan biçimde ayrımcılığa, kine veya şiddete tahrikte bulunmaktır. İkinci fıkrada maddi unsur ise bir kişi ya da grup aleyhine cinsiyetleri, cinsel tercihleri veya engelleri nedeniyle kine ya da şiddete aleni olmayan şekilde tahrik etmektir. İki fıkra arasındaki maddi unsur bakımından en önemli farklılıklardan biri tahrike konu ayrımcılık sebepleri bakımındandır.

Birinci fıkra, söz konusu ayrımcılık sebepleri itibarıyla TCK m. 216/1'deki suça daha çok benzemektir. Bir diğer farklılık birinci fıkrada ayrımcılığa, kine veya şiddete aleni olmayan tahrik cezalandırılmakta iken ikinci fıkrada kine ya da şiddete aleni olmayan tahrik cezalandırılmaktadır. Yani birinci fıkrada, metinde belirtilen sebeplerle sadece kine veya düşmanlığa tahrik değil, ayrımcılığa tahrik de cezalandırılmaktadır. Her iki fıkrada da tahrik edilenler bakımından bir sınırlama söz konusu değildir; herkes tahrik edilebilir. Tahrike maruz kalanlar ise bir kimse veya bir grup olabilir. Kanun'da filin kabahat olarak kabul edilmesi nedeniyle, hürriyeti bağlayıcı ceza değil, para cezası ve tamamlayıcı cezalar olarak öngörülmüştür. Maddenin üçüncü fıkrasında, geçici süreyle silah bulundurulması veya taşınmasının yasaklanması, silahın müsaderesi, suç için hazırlanan, suçta kullanılan veya suçtan elde edilen eşyasının müsaderesi, kamu hizmetinde çalışılması tamamlayıcı cezalar olarak belirtilmiştir. Dördüncü fıkrada tüzel kişilere bakımından para cezası dışında suç için hazırlanan, suçta kullanılan veya suçtan elde edilen eşyasının müsaderesi edileceği belirtilmiştir. Beşinci fıkrada ise kabahatin mükerrer işlenmesi hâlinde

---

Bu maddede öngörülmüş olan suçlardan dolayı tüzel kişiler, 121-2 ve 131-41'de düzenlenen şartlar çerçevesinde para cezasının dışında, suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesi için hazırlanan veya suçun işlenmesiyle elde edilen eşya müsadere edilir.
Bu maddede öngörülen kabahatleri mükerrer olarak işleyen kişi, 132-11 ve 132-15 maddelerine göre cezalandırılır.", Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 192, 193. İngilizce metin için bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (e.t. 8.9.2018).

[219] Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 192.

cezalandırılma şekli düzenlenmiştir. Bu son fıkra suçun nitelikli hâli olarak değerlendirilebilir.

Fransız hukukunda inceleme konusu suçun benzeri ayrıca 1881 tarihli Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nun "Basın Yoluyla veya Diğer Yayın Araçlarıyla İşlenen Suçlar ve Kabahatler"in yer aldığı bölümün 24. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir[220]. Altıncı fıkrada düzenlenen suç, Fransız Ceza Kanunu'nun R625-7 maddesindeki ayrımcılığa, kine ve şiddete aleni olmayan tahrik kabahatinin, Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 23. maddesinde belirtilen vasıtalardan biriyle işlenmiş hâlidir. 23. madde ile R625-7. maddesinin birinci fıkrasındaki kabahat, aleni biçimde işlenmiş olmaktadır. 24. maddedeki suçun maddi unsuru, R625-7. maddesinin birinci fıkrasındaki kabahat ile aynıdır. 24. maddede, suçu işleyenlerin para cezası ve/veya hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca 23. madde, failin cezalandırılması açısından özel bir hükme de yer vermiştir. Buna göre, fail veya failleri suç işlemeye tahrik eden, tahrikin sonuç doğurması hâlinde -tahrik neticesinde gerçekleştirilen fiil teşebbüs aşamasında kalsa dahi- şerik olarak cezalandırılacaktır.

1.5.4. İtalya

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun "Kamu Düzenine Karşı Suçlar"ın 5. bölümünün 415. maddesinde, "Kanunlara itaatsizliğe tahrik" kenar başlığıyla TCK m. 216/1'deki suça benzer bir düzenleme bulunmaktadır[221]. Maddede, kanunlara

---

[220] 24/6. maddeye göre; "23. maddede yer alan vasıtalardan birisiyle belirli bir etnik gruba, millete, ırka veya dine mensup olmaktan veya olmamaktan ya da mensup olunduğu ya da olunmadığının zannedilmesinden veyahut da kökeninden dolayı, bir kişiye ya da gruba karşı ayrımcılığa, kine veya şiddete tahrik edenler bir yıl hapse ve 45.000 avro para cezasına veya bunlardan birisine mahkûm edilirler." Bu maddede gönderme yapılan 23. madde ise şöyledir: "Kamuya açık alanlarda veya toplantılarda slogan veya nutuk atmak suretiyle ya da yazıların, matbuatların, desenlerin, gravürlerin, resimlerin, amblemlerin, görüntülerin satışa sunulması veya sergilenmesiyle yahut yazılar, afişler, duvar ilanları veya elektronik iletişim vasıtalarıyla kamuya sunulan her türlü materyaller aracılığıyla fail veya failleri suç işlemeye tahrik eden, tahrikin sonuç doğurması hâlinde şerik olarak cezalandırılır.
Bu hüküm, tahrik neticesinde gerçekleştirilen fiil Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen teşebbüs aşamasında kalsa dahi uygulanır.", Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 193, 194. Fransızca metin için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=7117A17B3F02464AD9163F853EDBA567.tpdjo09v_3?idArticle=LEGIARTI000026268340&cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=20121012 (e.t. 8.9.2018).

[221] 415. maddeye göre; "Her kim kamu düzenine ilişkin kanunlara itaatsizliğe ya da sosyal sınıflar arasında kine alenen tahrik ederse altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.",

itaatsizliğe tahrik ile kine alenen tahrik suçları aynı fıkra ve cümlede yer almaktadır. Bu suçun kamu düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmesi nedeniyle korunmak istenen menfaatin kamu düzeni olduğu söylenebilir. Suçun, TCK m. 216/1'deki suçla ilgili kısmı bakımından maddi unsurunun hareketini, sosyal sınıflar arasında kine alenen tahrik etme oluşturmaktadır. Tahrik maruz kalanlar sadece sosyal sınıflar olarak ifade edilmiştir. Tahrik alenen gerçekleştirilmelidir. Kanuni tanımda zarar veya somut tehlikeye ilişkin bir ifade yer almadığından suç, soyut tehlike suçudur. Kine alenen tahrikin gerçekleşmesiyle suç meydana gelecektir. Suç için sadece hapis cezası öngörülmektedir. Suçta herhangi bir nitelikli hâl düzenlenmiş değildir.

1.5.5. İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nda özel hükümlerin düzenlendiği ikinci kitabının "Kamu Düzeni Aleyhine Suç ve Kabahatler" başlıklı 12. kısmının birinci bölümünde "Irk ayrımı" başlığı altında 261 bis maddesinde TCK m. 216/1'deki suça benzer bir hükme yer verilmiştir[222]. İsviçre Ceza Kanunu'nun 261 bis maddesinde düzenlenen suç "Irk ayrımı" başlığını taşısa da suç, aslında genel olarak ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Suç kamu düzenine aleyhine suçlar arasında düzenlenerek, korunmak istenen menfaatin kamu düzeni olduğu söylenebilir. Irki, etnik veya dini aidiyetleri nedeniyle bir kimse veya bir gruba karşı tahrik edilme, aşağılama, karalama, yardımlardan esirgenme, örgütlenme, soykırım ve insanlığa karşı suçları inkâr etme hareketleri maddedeki ayrı fıkralarla cezalandırılmaktadır. Aslında, maddenin birinci fıkrasında TCK m. 216/1'deki suça benzer bir suça yer verilmiştir. Birinci fıkradaki suçun maddi unsuru; ırki, etnik veya dini aidiyetleri

Kayıhan İçel, Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 221; Çağlayan, **Notlu ve İçtihatlı …,** s. 1065.

[222] 261 bis maddesine göre; "Irki, etnik veya dini aidiyetleri nedeniyle bir kimse veya bir gruba karşı alenen kin veya ayırımcılığa tahrik eden,
Aleni olarak sistematik bir biçimde bir ideoloji yayarak bir ırkın, kavmin veya dinin mensuplarını aşağılayan veya karalayan,
Aynı amaçla örgütlenen, teşvik eden veya propaganda faaliyetlerine katılan,
Söz, yazı, resim, jest, etkili eylem veya başka yollarla insan haysiyetine aykırı bir biçimde aleni olarak bir kişiyi veya bir grup şahsı; ırki, dini veya etnik aidiyetleri nedeniyle aşağılayan veya küçük düşüren veya aynı nedenle soykırım veya insanlığa karşı diğer suçları inkâr eden, önemsiz gösteren veya meşrulaştıran,
Sosyal amaçlı bir yardımı ırki, etnik veya dini aidiyetleri nedeniyle bir şahıstan veya şahıs grubundan esirgeyen,
Üç yılı geçmeyen hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.", Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 51. İngilizce metin için bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (e.t. 8.9.2018).

nedeniyle bir kimse veya bir gruba karşı alenen kin veya ayırımcılığa tahrik etmedir. Tahrik edilenler herkes olabilir. Tahrike maruz kalanlar ise bir kimse veya bir gruptur. Tahrik alenen gerçekleştirilmelidir. Fıkra metninde zarar veya somut tehlikeye ilişkin bir ifade yer almadığından suç, soyut tehlike suçudur. Kin ve ayrımcılığa alenen tahrikin gerçekleşmesiyle suç oluşacaktır. Suç için para veya hapis cezası öngörülmüştür. Suçta herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiştir.

1.5.6. İspanya

1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu'nun "Temel kamu hakları ve özgürlüklerin kullanılmasıyla ilgili suçlar" başlıklı dördüncü bölümünde, 510 ilâ 521. maddeleri arasında "Anayasanın güvence altına aldığı temel haklar ve kamusal özgürlükler kullanılırken işlenen suçlar" düzenlenmiştir. Bu bölümün 510. maddesinde TCK m. 216/1'deki suça benzer bir hükme yer verilmiştir[223]. Kanun'un 510. maddesinde düzenlenen suç herhangi bir kenar başlığıyla isimlendirilmiş değildir. Ancak madde metnine bakıldığında, suçun ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlendiği anlaşılmaktadır. Suçun düzenlendiği yer itibarıyla, korunmak istenen hukuki menfaat temel hak ve özgürlüklerdir. Birinci fıkradaki suç TCK m. 216/1'deki suça benzer bir suç olarak değerlendirilebilir. İkinci fıkradaki ise fıkrada belirtilen ayrımlarla ilgili bir grup veya topluluğa iftira eden bilgileri yayma suç olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkradaki suçun maddi unsuru, ayrımcılığa, nefrete veya şiddete tahrik etmedir. Ayrımcılık, nefrete veya şiddete provoke etme, ırkçı veya antiseminist sebeplerle veya bir grup veya topluluğa karşı ideolojisi, dini veya inancı, ailevi durumu, etnik bir gruba veya ırka aidiyeti, milliyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, hastalığı veya engelleri sebebiyle yapılmalıdır. İspanyol Ceza Kanunu ayrımcılığa ilişkin sebepleri diğer ülke ceza kanunlarına göre oldukça geniş tutmuştur. Fail, maddede belirtilen sebeplerle bir grubu tahrik etmesi şart değildir, bir kişiyi de tahrik edilebilir. Tahrik sonucu mağdur olanlar ise bir kişi olabileceği gibi

[223] 510. maddeye göre; "Her kim, ırkçı veya antiseminist sebeplerle veya bir grup veya topluluğa karşı ideolojisi, dini veya inancı, ailevi durumu, etnik bir gruba veya ırka aidiyeti, milliyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, hastalığı veya engelleri sebebiyle ayrımcılığa, nefrete veya şiddete tahrik ederse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve altı aydan oniki aya kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Her kim, asılsız olduğunu bilerek veya gerçeği umursamadan veya grup veya topluluklara ideolojisi, dini veya inancı, etnik bir gruba veya ırka aidiyeti, ırkı, milliyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, hastalığı veya engelleri ile ilgili iftira eden bilgileri yayarsa aynı ceza ile cezalandırılır.", Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 195. İngilizce metin için bkz.https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (e.t. 8.9.2018).

bir grup veya topluluk da olabilir. Tahrikin alenen yapılmasına gerek yoktur. Birinci fıkra metninde zarar veya somut tehlike arandığına dair bir ifade geçmediğinden buradaki suçun soyut tehlike suçu olduğu ve tahrikin gerçekleşmesiyle suçun oluşacağı anlaşılmaktadır. Maddede yer alan her iki suç için hapis cezası ile birlikte adli para cezası öngörülmüştür. Suçta herhangi bir nitelikli hâl düzenlenmiş değildir.

1.5.7. Polonya

1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nun "Kamu Düzenine Karşı Suçlar"ın düzenlendiği 32. bölümünün 256. maddesinde TCK m. 216/1'deki suça benzer bir hükme yer verilmiştir[224]. Bu Kanun'un 256. maddesinde düzenlenen suç herhangi bir kenar başlığıyla isimlendirilmiş değildir. Suçun, kamu düzenine kaşı suçların düzenlendiği 252 ilâ 264. maddeleri arasında yer alması, suçta korunmak istenen hukuki menfaatin kamu düzeni olduğunu göstermektedir. Ayrıca suçun kanuni tanımında, "faşist veya başka bir totaliter devlet düzeni tesis etme" fiilinin yer alması, maddede devlet düzenine karşı başka bir suçun daha düzenlendiğine işaret etmektedir. Suçun, TCK m. 216/1'deki suçla ilgili kısmı bakımından maddi unsuru; milli, etnik, ırki, dini farklılıklara veya bir mezhebe inanmamaya dayalı düşmanlığa tahrik etmedir. Tahrik edilen ve tahrike maruz kalanlar bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir; tahrik herkese karşı yapılabilir. Tahrik alenen gerçekleştirilmelidir. Madde metninde zarar veya somut tehlikeye ilişkin bir ifade yer almadığından suçun soyut tehlike suçu olduğu, düşmanlığa alenen tahrikin gerçekleşmesiyle suçun oluşacağı anlaşılmaktadır. Suç için para cezası, hürriyeti sınırlandırma cezası ya da hürriyeti bağlayıcı ceza şeklinde farklı yaptırımlar düzenlenmiştir. Suçta herhangi bir nitelikli hâl düzenlenmemiştir.

[224] 256. maddeye göre; "Her kim, faşist veya başka bir totaliter devlet düzeni tesis etmeye ya da milli, etnik, ırki, dini farklılıklara veya bir mezhebe inanmamaya dayalı düşmanlığa alenen tahrik ederse para cezası, hürriyeti sınırlandırma cezası ya da iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır." İngilizce metin için bkz.http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (e.t. 8.9.2018).

İKİNCİ BÖLÜM

HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU (TCK M. 216/1)

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu", TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar"ı düzenleyen üçüncü kısmının "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümünde, 216/1. maddede yer almaktadır. Suç kanuni tanımında; *"Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklinde ifade edilmiştir. Suç, halkın "*sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge"* açısından farklı bir kesiminin bu özelliklerinden en az birinden dolayı diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesiyle işlenmektedir. Ancak, aleni tahrik kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlike meydana getirmişse fail cezalandırılacaktır[225]. TCK'da bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Bu durumda suçun temel şeklinde öngörülen ceza yarı oranına kadar artırıma tabi tutulacaktır (m. 218).

2.1. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Hukuki yarar (suçun hukuki konusu), suç tipinin oluşturulması ile korunmak istenen değerdir[226]. Her suçun zorunlu olarak koruduğu bir veya birden fazla hukuki değer vardır. Suçun işlenmesi ile bu değer veya değerler ihlal edilir. Hukuki yarar yerine suçun hukuki konusu, hukuki değer veya hukuki menfaat kavramları da kullanılmaktadır[227]. Hukuki yarar, devletin, toplumun veya kişilerin menfaatlerinin korunması amacı ile kanun koyucuyu suç tipi ihdasına sevk eden sebep olarak bir

[225] Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 551.
[226] Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, s. 51.
[227] Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 49, 68, 75.

fonksiyon ifade eder[228]. Maddi bir bünyeye sahip olmayıp soyuttur, normatiftir; toplumdaki güvenliğe, barışa, sükûna ve insan onura ilişkin birtakım manevi değerleri kapsamına almaktadır[229].

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu", TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar"ı düzenleyen üçüncü kısmının beşinci bölümünün "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığı altında yer almaktadır. Dolayısıyla bu bölümde düzenlenen suçlarla, kamu barışının korunmak istendiği sonucuna ulaşılmalıdır[230]. Suçun düzenlenmesi ile aynı zamanda kişilerin sahip bulunduğu hukuki değerlerin olası şiddet hareketleriyle tehdide maruz kalmalarının önüne geçilmek istenmiştir[231]. Böylelikle, kamu barışının korunmak istendiği anlaşılmaktadır[232]. Şu hâlde TCK m. 216/1'deki hukuki yararın, toplumun belirli kesimleri arasında şiddete sebep olabilecek kin ve düşmanlıkların ortaya çıkma ihtimalinin önlenmesi, toplumun bir kesiminin kendisini dışlanmış hissetmesinin ve diğer kesimine karşı kin ve düşmanlık duymasının önüne geçilmesi ve dolayısıyla kamu barışının korunması olduğu söylenebilir[233].

Kamu barışı, sosyal hayatın düzenli şekilde sürdürülmesi, diğer bir deyişle devletin ve hukukun egemenliği altındaki bireylerin ahenkli biçimde ve sulh içinde yaşamalarıdır[234]. Kısaca bu kavram ile bireyler arasındaki ilişkilerde, hukukun egemen olduğu toplum düzeni ifade edilir. Kamu barışı, kamu düzeninden daha dar, kamu güvenliği kavramından ise daha geniş bir anlama sahiptir[235]. Toplumsal

---

228 Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …,** s. 191.

229 Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 51; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 192; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 527, 528; Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, AÜHFY, Ankara 1970, s. 72, 197.

230 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 533; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6060; Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza …,** s. 3165.

231 TCK m. 216'nın gerekçesinde; "Hiçbir devlet, vatandaşları arasında, muayyen özelliklere sahip bir kesiminin diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesine seyirci kalamaz." denilmiştir.

232 İzzet Özgenç, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", **75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu**, Diyarbakır 22-23.10.1998, s. 188.

233 Buna karşın suçun oluşması için tahrikin kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike ortaya çıkarması arandığından, korunan hukuki değerin kamu güvenliği olduğu; kamu güvenliğinin ise kamu barışı tarafından kapsanan bir kavram olması nedeniyle kamu barışının da dolaylı olarak korunduğu iddia edilmiştir. Türay, **Nefret Söylemi …,** s. 225.

234 Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi …,** s. 345.

235 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 533. Kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarına aşağıda "Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve İlgili Kavramlar" başlığında detaylı biçimde anlatılacaktır.

hayatın düzenli akışı, bireyler arasında uyumlu ve barışçıl ilişkilerin, yani toplumda sulh ve sükûnun varlığı kamu barışının göstergesidir[236]. Kamu barışından söz etmek için öncelikle kamu güvenliğinin sağlanmış olması gerekir. Kamu barışı, bireylerin hem genel hukuk güvenliğine hem de kamu güvenliğine ilişkin duygularını içerir[237]. Bireyler, toplumda hukuk güvenliğinin varlığını sürdürdüğüne dair duygulara sahip bulunmalıdır. Bunun yanında kamu barışının kapsamına hukuk düzeninin koruma alanı içerisinde halkın yaşadığı duygular da dâhildir. Fakat bu duyguların varlığı, sadece tahrikin yöneldiği halk kesimi açısından değil, halkın tamamı açısından söz konusu olmalıdır[238].

2.2. SUÇUN UNSURLARI

2.2.1. Tipiklik

Tipikliğin tespitinin özellik gösterdiği suçlardan biri TCK m. 216/1'deki suçtur[239]. Bu suç açısından fiilin tipik sayılabilmesi için aleni tahrikin, halkın *"sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge"* açısından farklı özellikleri bulunan bir kesimini bu farklılıklarından en az birine dayanılarak diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa yöneltecek biçimde işlenmesi gerekir[240].

Tahrik edilenler veya tahrike maruz kalanlar halkın bir kesimi olmalıdır. Dolayısıyla halkın bir kesimi bazı kurum ve kuruluşlara ya da devlet tüzel kişiliğine karşı tahrik edilirse suçun tipiklik unsuru gerçekleşmeyecektir[241]. Suçun kanuni

---

236 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …,** s. 99, 100.

237 Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 69.

238 Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 70.

239 "… sanık ve arkadaşlarının bu kez kavga ettikleri kişileri kast ederek; 'bütün Kürtleri sinkaf edeceğiz' demeleri şeklinde gelişen olayda; sanığın, kavga ettiği kişilere karşı sarf ettiği, tehdit ve sinkaflı sözlerin belli kişilere yönelik olduğu ve hedefin belli olması… eylemin bütünüyle kişilerin hayatı ve vücut dokunulmazlığına yönelik saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı tehdit suçunu oluşturduğu, 'halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit' ve 'halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama' suçlarının yasal unsurları oluşmadığı", Y 8. CD, 30.6.2014, 2013/17604 E, 2014/16727 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

240 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …,** s. 533.

241 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 548. Buna karşın Yargıtay 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde verdiği bir kararında; "Yazı bütününde… Devlet ve halk düşman kutuplar hâlinde gösterilmekte, halkta Devlet'e karşı başkaldırı tohumları ekilmekte, kin ve nefret duyguları yaratılıp, ateşi körüklenmek işlenmektedir. Kamu düzenine karşı cürümler başlığı altında yer alan TCK'nın 312. maddesi suç işlemeye dolayısıyla tahrik, (kapalı tahrik) olarak nitelendirilen tehlike suçu tipindedir… Yazı bütünü itibariyle yöre halkını, etnik köken ve bölge ayrımı gözetilerek, Devlet'e karşı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edecek biçimde özel kasıtla yayımlanmış olduğu ve

tanımında öngörülen farklı özelliklere sahip halk kesiminin diğer bir halk kesiminden belirli bazı kişilere karşı tahrik edilmesi veya halk kesiminden belirli bazı kişilerin diğer halk kesimindeki belirli bazı kişilere karşı tahrik edilmesi bu suçu oluşturmayacaktır[242]. Keza bir kimsenin halkın bir kesimine karşı veya halkın bir kesiminin bir kimseye karşı ya da bir kimsenin başka bir kimseye karşı sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı bakımından kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi bu suçu oluşturmayacaktır[243].

Tahrik edilen veya tahrike maruz kalan halk kesimleri, fıkra metninde tahdidi olarak sayılan, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip olmalıdır. Bu nedenle, fıkrada belirtilen farklı özellikteki halk kesiminin değil, başka farklı özelliklerinden ötürü ayırt edilebilen halk kesimlerinden birinin diğerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi hâlinde, fiil tipik olmadığından, bu suç meydana gelmeyecektir[244]. Söz gelimi bir kulüp taraftarlarının başka bir kulüp taraftarları aleyhine veya bir siyasi parti yandaşlarının başka bir siyasi parti yandaşları aleyhine tahrik edilmesi TCK m. 216/1'deki suçu oluşturmayacaktır[245]. Bunlardan başka laikliği benimseyen halk kesiminin benimsemeyene[246] veya şeriat yanlısı halk kesiminin demokrasi yanlısı bir halk kesimine karşı tahrik edilmesi de

müsnet suçun unsurları açıkça oluştuğu" demektedir. Y 8. CD, 10.6.1994, 1994/6163 E, 1994/7188 K, Karar ve eleştirisi için bkz. Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 136.

[242] Önder, **Türk Ceza …**, s. 415; "… güvenlik ve disiplin nedeniyle başka cezaevine nakli yapıldığı sırada, 'Biz PKK gazisiyiz, kürdistanı kuracağız, kahrolsun T.C, ben PKK tetikçisiyim, dağa çıkacağım, hepinizi öldürmezsem hayat bana haram olsun' şeklinde sözleri sarf eden sanığın eyleminin, cezaevi görevlilerine karşı tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden", Y 8. CD, 10.10.2012, 2010/13028 E, 2012/30175 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[243] Önder, **Türk Ceza …**, s. 415; Özek, "Türk İtalyan …", s. 36.

[244] "… öğretmenlerin sorunları ve içinde bulundukları zor koşulları içeren, bu arada sorunların çözümü için öğretmenlerin… tarihinde işe gitmeme veya işi yavaşlatmanın telkin cümlelerine yer verilen demokratik hak arama niteliğini taşıyan bu bildirinin okunmasından ibaret eyleminin TCK'nın 312/2. maddesindeki suçun unsurlarını oluşturmadığı", Y 8. CD, 24.2.1999, 1999/17641 E, 1999/2056 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …,** s. 4400).

[245] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6068.

[246] Bu konuda, Yargıtayın bir kararına karşı oy yazısı şu şekildedir: "İslam'i mücadele olarak söylenen her sözün veya laikliği tenkit eden her düşüncenin, keza 28 Şubat aleyhine her yazının bu madde ile cezalandırılması gibi bir sonuç doğurur ki bunun da Anayasa'mızda nitelikleri belirlenen özgürlükçü, demokratik hukuk devleti düşüncesi ve uygulaması ile bağdaşmayacağı açıktır.", Y 8. CD, 20.12.2000, 2000/18906 E, 2000/21422 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …,** s. 4397).

TCK m. 216/1'deki suç tipine uygun değildir[247]. Aksine bir yaklaşım ceza hukukunda kıyas yapılması anlamına gelecektir.

Ceza hukukundaki kıyas yasağı gereği aynı sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölgeye mensup olan halk kesimlerinin birbirlerine karşı farklı fikirlerinden ötürü tahrik edilmesi durumunda, diğer unsurlar mevcut olsa dahi tipiklik unsuru gerçekleşmeyeceğinden TCK m. 216/1'deki suç oluşmayacaktır. Öyleyse aynı sosyal sınıf veya bölge içinde yer almalarına rağmen, bu sınıf veya bölge yönünden farklı fikirlere sahip halk kesimlerinin birbirine karşı ya da aynı dine veya mezhebe mensup olmalarına rağmen, bu din veya mezhep yönünden farklı anlayışlara sahip halk kesimlerinin birbirine karşı veyahut çok dindar olan halk kesiminin az dindar olan diğer halk kesimine karşı tahrik edilmesi bu suç kalıbına uymamaktadır[248].

TCK m. 216/1'deki suç uygulamada, tipikliğine aykırı biçimde, "halkın birbirine karşı tahrik edilip edilmediği" bağlamında incelendiğine de rastlanabilmektedir. Daha açık bir deyişle, "aynı dine mensup halk kesimlerinin birbirine karşı tahrik edilmesi"[249] veya "şeriat yanlısı[250] halk kesiminin şeriatı

---

[247] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 132, 133; "… konuşmada toplum ve devlet yaşamına şeriat kurallarının egemen olması isteğini onaya koyduğu bu koşullarda söylemlerinin TCK'nın 312. maddesinde tanımı yapılan suçu oluşturmadığı", Y 8. CD, 11.11.2002, 2002/10522 E, 2002/10422 K (Necati Meran, **Sulh Ceza Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 579).

[248] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 133. "Sanığın… okullarda, yasalar ve yerleşik kurallar gereği uyulması gerekli bulunan başörtü yasağını uygulayan yöneticileri ve buna uyanları eleştirmek ve inancını açığa vurmaktan öteye TCK'nın 312/2. madde ve fıkrasında yazılı suçu oluşturacak boyutta bir beyan içermediği", Y 8. CD, 18.12.2000, 2000/20396 E, 2000/21114 K (Meran, **Sulh Ceza …**, s. 579).

[249] "Aynı din mensupları arasında kin ve düşmanlık yaratılamayacağı gibi, aynı dini ve hatta aynı mezhebi kabul edenler arasında da farklı anlayışı, sapkınlık, dinsizlik vb. gibi göstermek ve bu bağlamda, esasen bir dine mensup olmasına karşın farklı göstermek, dinsiz olarak nitelemek ve varsayım temeli üzerinden tehlikeli bulunması da bu kapsamda düşünülmelidir… aynı din içinde, halkın bir kesiminin, varsayılan dini düşünce farklılığına dayalı olarak, dini saikle hareket edilmesi suretiyle kin ve düşmanlık yaratacak ölçüde inanmayanlar biçiminde nitelenmesi suçun oluşması için yeterli sayılmaktadır.", YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6109).

[250] "Türkiye'de din anlayışı ve sosyal yaşam biçiminin ahlaka ve dine uygun olmadığı belirtilerek bu anlayışı benimseyenlerin Allah ile mücadeleye girişmiş olarak tanıtıldığı ve bunlara karşı koymayanların pısırıklıkla itham edildiği ve kendi yetiştirdiklerinin, anlayışlarına göre dinsiz olanların (hesabını görecekleri) belirtilerek bu düşüncedekilerin düşman ilan edilip bu kişilere karşı şiddeti çağrıştıran tümcelerle eylemli mücadeleye çağrı yapıldığı, şeriat düzeninin de bu mücadele sonunda kurulacağı mesajları verilerek din farklılığına dayanarak halkın birbirine karşı… düşmanlığa ve kin beslemeye alenen tahrik edildiği", Y 8. CD, 7.11.2002, 2002/9667 E, 2002/10406 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4394).

benimsemeyen[251] veyahut demokrasi ya da laikliği benimseyen[252] halk kesimine karşı tahrik edilmesi" gibi eylemler nasıl suç oluşturmaz tarzında düşüncelerle suç tipine yaklaşıldığı gözlemlenebilmektedir[253]. Bu yaklaşım tarzı, suçun unsurlarını genişletmek suretiyle ceza hukukundaki kıyas yasağını ihlal etmeye yol açabilmektedir[254]. Yargıtaya göre, sözü edilen ve suç tipine uymayan tarzdaki tahrik fiilleri toplumsal boyut kazanıp zararlı neticeler doğuracak hâle gelse dahi ceza hukukundaki kıyas yasağından dolayısıyla kanunilik ilkesinden vazgeçilemez. Zira bu durumun üstesinden gelme yargı organının değil, yasama organının yetki ve sorumluluğundadır[255].

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinden, iptal davası yoluyla 765 sayılı Kanun'un 312. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının açık ve ayrık şekilde düzenlenmediği, keyfi uygulamalara yol açacak ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu belirtilerek Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptaline karar verilmesi istenilmiştir. Mahkeme, suçun unsurlarının 312. maddede açık bir şekilde belli edilmiş olduğunu belirterek maddenin, Anayasa'nın teminat altına aldığı temel hakları ortadan kaldırdığı yolundaki iddiayı yersiz bulmuştur. Ayrıca halkın farklı kesimlerinin, kamu güvenliği bakımından tehlikeli olacak şekilde kin ve düşmanlığa tahrik edilmesine müsaade etmenin, vatandaşlar arasında huzurun

---

[251] "Sanığın… Halkı, Kur'an'i ve İslam'i kimliği benimseyenler ve bu uğurda savaşanlar ile benimsemeyenler, engel olanlar diye ikiye ayırıp, din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa alenen tahrik ettiğinin anlaşıldığı", Y 8. CD, 20.12.2000, 2000/18906 E, 2000/21422 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …,** s. 4397).

[252] "… yazıda; Ülkede geçerli hak düzenin İslam'a ve Kur'an'a karşı mücadele yürüttüğü, dahası vahşice saldırılar düzenlediği belirtilip laik düzen gereği ve iç hukukun uygulanması sonucu görevlerinden uzaklaştırılan ordu mensuplarının hain işlemine tabi tutulan insanlar olarak sayıldıkları iddia edilip, 80-90 yıldır 'nifakına, cerbezesine ve istibdatlarına mani olamadıklarımız' şeklinde nitelendirilen Ülkedeki laik düzen yanlılarının 'Haccac, Yezid, Cengiz, Hülagu, Mussolini ve Stalin'den farklı olmadıklarını belirterek halkı din anlayışı farklılığı gözetmek suretiyle kin ve düşmanlığa tahrik ettiği", Y 8. CD, 5.11.2001, 2001/11352 E, 2001/15688 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …,** s. 4395).

[253] "Sanığın… 'Samimi dindar birçok insan fişlenmiş, soruşturma geçirmiş, pasifize edilmeye çalışılmıştır. Dinin bir emri olan başörtüsünü takan öğrencilere, subay ve bürokrat hanımlarına baskı uygulanmış, bunların büyük bir kısmının başları açılmıştır...' şeklindeki ifadelerinin… TCK'nın 312/2. madde suçunu oluşturmasına", Y 8. CD, 17.10.2001, 2001/12263 E, 2001/14853 K (Meran, **Sulh Ceza …,** s. 582).

[254] Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında; kanun koyucunun 765 sayılı Kanun'un 141, 142 ve 163. maddelerini ceza mevzuatından kaldırdığı dönemde, 312/2. madde aynen var olduğu hâlde, söz konusu maddelerde tanımlanan eylemlerin 312/2. maddeye dâhil etme gibi bir irade benimsemediğini belirtmiştir. Bu nedenle TCK m. 216/1'in, yürürlükten kaldırılan söz konusu maddelerin boşluğunu doldurmak için kullanılması kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. YCGK, 23.11.2004, 2004/8-130 E, 2004/206 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6162).

[255] YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6109).

bozulmasını istemek olacağını, buna ise Anayasa'nın hiçbir hükmünün elverişli olmadığını gerekçe göstererek iptal isteğini ret etmiştir[256].

2.2.2. Maddi Unsur

2.2.2.1. Fail

TCK m. 216/1'de suçun faili, "*halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse"* olarak ifade edilmiştir[257]. Madde metninde suçun belli kişilerce işlenmesi öngörülmediğinden özgü suçlardan değildir. Dolayısıyla bu suçun faili, kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi dışında herhangi bir kimse de olabilecektir. Failin TCK anlamında kamu görevlisi olması durumunda şartları bulunduğu takdirde TCK'nın 266. maddesi[258] uyarınca cezada artırıma gidilir[259].

2.2.2.2. Mağdur

TCK m. 216/1'de suçun mağduru, belirli kişi veya kişilerden değil, belirsiz kişilerden oluşan halk kesimidir[260]. Suçun mağduru olan bu halk kesimi, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge bakımından farklı özelliklere sahip ve bu özellikleri nedeniyle diğer bir halk kesimi tarafından kin ve düşmanlık ile tahrike maruz bırakılan kesimdir[261]. Bu halk kesimi, Türk toplumunun bir parçasıdır. Ceza kanunlarının ülkeselliği ilkesinden hareketle Türk halkının bir kesiminin yabancı ülke halklarına karşı tahrik edilmesi durumunda olduğu gibi suçun mağduru yabancı

---

[256] Anayasa Mahkemesi, 29.1.1964, 1963/193 E, 1964/9 K, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6bbff204-2d66-49fe-8201-631581e777b8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (e.t. 9.8.2018).

[257] Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 538; Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 71.

[258] TCK m. 266'ya göre; "Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise verilecek ceza üçte biri oranında artırılır."

[259] Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3583.

[260] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6061. Suçun mağdurunun kamu olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 233; Aykut Ersan, "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama", **TBB Dergisi,** S. 111, Ankara 2014, s. 90. "… fiil, sayı ve şahıs olarak belirli olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve", Y 8. CD, 8.10.2014, 2013/16829 E, 2014/9196 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[261] Zafer, "Halkın Bir Kısmını …", s. 223.

ülke halkı olamaz[262]. Halk kesimi içerisindeki kişilerin kendilerini ülkesinde bulundukları devletle özdeşleştirmeleri veya o devlet halkının bir parçası olarak görüp görmemelerinin önemi bulunmamaktadır[263]. Ayrıca tahrike maruz kalan halk kesimini oluşturan kişilerin isnat yeteneğinin bulunmaması veya sağır ve dilsiz olması suçun oluşumuna engel olmaz[264].

Kaç kişinin halk kesimi olarak nitelendirilebileceği somut olayın durumuna göre tayini gereken bir husustur. Halk kesimi sayılan grup, çok az sayıda kişiden oluşmamalı, toplum hayatı içerisinde belli bir anlam ifade etmelidir. Grup, ülkede yaşanan bölge, iç işleyiş gibi değerlendirici unsurları itibarıyla nüfus içerisinde bir ağırlığı sahip olmalıdır[265]. Halk kesimi ferden belirsiz biçimde geçici bir sebep veya amaçla (miting, konferans gibi) bir araya gelmiş topluluk da olabilir[266].

Halkın hangi kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesim olduğu tespiti gereken öncelikli sorunlardan biridir. Bu nedenle, madde metninde geçen sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge kavramlarıyla neyin anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi oldukça önemlidir.

TCK m. 216/1'de farklı özelliklere sahip halk kesimlerini belirtmek için sayılan sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge ayrımları, Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesindeki ayrımcılık yasağına ilişkin hükmüne göre daha sınırlıdır. 10. maddede, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yasağı kabul edilmiş ve böylece örnekleme yöntemiyle ayrımlara sınır konulmamıştır. AİHS'in 14. maddesinde cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı olarak ayrımcılık yasağı düzenlenerek, benzer bir sistem

---

[262] Malkoç, **Açıklamalı …,** s. 3584, 3595.
[263] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6061.
[264] Malkoç, **Açıklamalı …,** s. 3584.
[265] Zafer, "Halkın Bir Kısmını …", s. 224, 225; Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 79; "Suçun oluşumu açısından, hedef alınan halk kesimi gerek sayı itibariyle gerek toplum hayatı bakımından önem ifade etmelidir. Örneğin işçiler, işverenler, memurlar, çiftçiler... yabancılar, yerliler, siyasi gruplar... yabancılar... masonlar aynı bölge insanları vb. halk olarak kabul edilir.", YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6109).
[266] Duygun Yarsuvat, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri**, İÜHFY, İstanbul 1968, s. 43.

benimsenmiştir. Bu itibarla Anayasa'nın 10. maddesi ile AİHS'in 14. maddesinde belirtilen ayrımların TCK m. 216/1'e alınarak kapsamının genişletilmesinin korunmak istenen hukuki yarar açısından yararlı olacağı savunulmuştur[267]. Başka bir deyişle dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, etnik köken, mülkiyet gibi özellikler de 216/1'in kapsamına alınmalı ve halk kesimlerinin birbirine karşı bu farklılıklardan dolayı tahrik edilmesi de cezalandırılmalıdır[268].

Halk kesimlerine ilişkin ayrımların, günün sosyal gereksinim ve koşulları gibi duyarlılıklar gözetilmek suretiyle normun öngörmediği bir alanda boşluk doldurmaya yönelik olarak anlamlandırılması, yasama organının suçu ihdas etme amacından uzaklaşılmasının yanı sıra bu organın yetki alanına girilmesine neden olacaktır. Ancak ceza normundaki kavramlar, hukukun dogma olmayışı ve ceza hukukunun evrensel ilkeleri gözetilerek, ülke gerçeklerine ve toplum yapısına uygun biçimde yargı organlarının karar ve yorumlarıyla belirli anlam ve içeriğe kavuşabilir.

Halk, sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge kavramlarının, bilimsel tanımları yanında ceza hukukunun evrensel ilkeleri ekseninde, ülkede ve uygulamada bunlara verilen genel mana, korunmak istenen hukuki yarar gözetilerek bir içeriğe kavuşturulması daha doğru olacaktır. Doktrinde, söz konusu kavramların anlamlarının bunları inceleyen bilim dallarının görüşlerine göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir[269].

2.2.2.2.1. Halk

Toplumu oluşturan sosyal gruplar ifade edilirken; teşkilatlı, teşkilatsız, dışa açık ve dışa kapalı gruplardan söz edilir. Teşkilatsız gruplara "kalabalık" ve "halk"; teşkilatlı gruplara ise "resmî ve gayri resmî" ve "açık ve kapalı gruplar" adı verilebilir[270]. Arapça kökenli bir kelime olan "halk"ın sözlük anlamı, *"Toplum*

---

[267] Şen, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin …", s. 23.

[268] Şen, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin …", s. 23; Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında …,** s. 112.

[269] Özek, "Türk İtalyan …", s. 32; Erem, Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 233; Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 256; Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 105; Malkoç, **Açıklamalı …,** s. 3584.

[270] Mustafa E. Erkal, **Sosyoloji**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 28.

olarak aynı toprak üzerinde yaşayan ve kültürel bağlarla, politik kurumlarla birleşmiş insanlar bütünü" şeklindedir[271].

Sosyolojik açıdan halk; üyeleri yoğun bir şekilde bir araya toplanmış olmayan, bir arada bulunmaları tesadüfi olmaktan uzak, sürekli fakat teşkilatsız ve yaygın bir gruptur[272]. Bu bakımdan halk, kalabalıktan tamamıyla farklıdır. Kalabalık, ortak fikirlerle hareket eden ve aynı heyecanı taşıyan teşkilatsız ve sürekli olmayan bir gruptur. Kalabalığın özelliği, belirli ve dar alanda yer almasıdır. Halk, heyecan yoğunluğundan yoksun yaygın bir topluluk olmasına rağmen, hisseden ve düşünen bir gruptur. Asgari müşterekler dışında farklı düşünebilen ve farklı statüde olanlardan meydana gelmektedir. Aynı ülkede oturan ve ortak menfaatleri bulunan topluluk halk olarak ifade edildiği gibi aydınların ve resmî görevlilerin dışında kalan ve idare edilenlerin oluşturduğu toplulukta halk olarak tarif edilmiştir[273].

"Halk" ile "cemiyet" ve "millet" kavramları birbirine karıştırılabilmektedir. Cemiyet, mesleki bakımdan yeteri kadar farklılaşmış, sürekli ve dinamik sosyal teşkilat ve ilişki ağından meydana gelen bir yapıdır. Millet ise kendi birliğinden haberdar olan siyasi bakımdan devlet şeklinde teşkilatlanmış ve milli devlet kurma kabiliyetine sahip sürekli ve teşkilatlı insan zümreleridir[274].

Ceza hukuku anlamında, dini, mezhebi, etnik kökeni, tabiiyeti, bölgesi ne olursa olsun ortak duygu, çıkar, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insan grupları bir bütün olarak halkı oluşturur[275]. Halk, bir ülke içinde yaşayan, vatandaş olsun veya olmasın bütün toplumu ifade eder[276].

---

[271] **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C. 10, İnterpress Yayıncılık, İstanbul 1988, s. 4968**.**
[272] Erkal, **Sosyoloji**, s. 29.
[273] Erkal, **Sosyoloji**, s. 30.
[274] Erkal, **Sosyoloji**, s. 32, 33.
[275] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 77.
[276] Çetin Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İÜY, İstanbul 1967, s. 280; "'Türkiye ve Kürt illerinde basın meslek ahlak ilkeleri doğrultusunda gazetecilik yapan kişiler, Kürt halkına yönelik imha ve Jenoside dayalı politikalara kurban gittiler' şeklindeki ifadeleri de içeren davaya konu yazı bütünüyle değerlendirildiğinde… TCK'nın 216/1. maddesinde tanımlanan suçun oluştuğu", Y 8. CD, 13.5.2009, 2008/4159 E, 2009/6838 K, http://www.portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

2.2.2.2.2. Sosyal Sınıf

İnsanların yetenek, bilgi, muhakeme gücü gibi belirli özellikleri birbirinden farklı olduğundan insan toplulukları hiçbir zaman sınıfsız kalmamışlardır[277]. Bütün toplumlar, az çok belirli sosyal sınıflar, büyük fert ve aile gruplarını ihtiva eden karışık birtakım hiyerarşi ve tabakalardan oluşur. Her kişi, doğumla belirli bir sosyal sınıfın mensubu olur. Kendilerini toplum içinde talih, şans ve akıbet bakımından aynı durumda bulan kişiler aynı sosyal sınıfın mensubu olurlar[278]. Birer sosyal grup olarak sınıflar, benzer sosyal şartlar içinde bulunurlar, benzer statüye sahip olurlar ve benzer değer hükümleri taşırlar[279].

Sosyal sınıflar hakkında çeşitli görüş ve tanımlar verilmiştir. Bununla birlikte, sosyal sınıf kavramının bazı ayrıntılardan ayıklanması ve toplumlardaki tabakalaşmanın belirlenmesi yolunda çeşitli ölçütler geliştirilerek sosyal sınıfların belirli karakteristikleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Buna göre, sosyal sınıflar kendiliğinden oluşan, fiili gerçeklerdir ve hukuka dayanan sınıflamalardan farklıdır. Sosyal sınıflar birer mesafe grubu oluştururlar, yani üyeleri birbirinden uzak yerlerde yerleşmişlerdir. Sosyal sınıflar örgütlenmiş gruplar değildirler ve mensuplarını belirli faaliyetlere zorlayıcı güçleri yoktur[280].

Sosyal sınıflar ve mensupları arasındaki ayrılıklar, "a. Hayatta oynanan rol, b. Yaşayış biçimimdeki farklılıklar (hayat şansı ve stili), c. Psikolojik davranış, sınıf bilinci" olarak üç başlık altında değerlendirilmiştir[281]. Buna göre, sosyal sınıfların belirlenmesinde ekonomik güç, hayat biçimi, kültür, eğitim, sınıf bilinci gibi pek çok değişkenin bir arada dikkate alınması gerekmektedir. Sadece ekonomik güç veya eğitim kişilerin sosyal sınıflarının belirlenmesinde yeterli değildir. Gelirin yüksek

---

[277] Sulhi Dönmezer, **Matbuat Suçları**, İÜY, İstanbul 1946, s. 33, 34.
[278] Dönmezer, **Toplumbilim**, s. 210, 299; Erkal, **Sosyoloji**, s. 76**.**
[279] Erkal, **Sosyoloji**, s. 186.
[280] Muzaffer Sencer, **Sosyal Sınıflar**, Gözlem Yayınları, İstanbul 1974, s. 10; Erkal, **Sosyoloji**, s. 185, 186; Pierre Laroque, **Sosyal Sınıflar,** Yaşar Gürbüz (Çev.), Remzi Kitabevi, İstanbul 1969, s. 11.
[281] Dönmezer, **Toplumbilim**, s. 303; *Erkal*, sosyal sınıfları belirleyen faktörleri; a. Hayat tarzı, b. Eğitim ve kültür, c. İktisadi menfaat, d. İktisadi güç, e. Sınıf şuuru, olarak sıralamıştır. Erkal, **Sosyoloji**, s. 180, 181. *Laroque*, sınıf ayrımlarının kıstas ve esaslarını; a. Toplumda oynanan rol, b Hayat tarzı, c. Psikolojik davranış ve müşterek şuur, olarak ifade etmektedir. Laroque, **Sosyal Sınıflar,** s. 11; *Sencer* ise sınıf ölçütlerini; zenginlik, yönetim, ırk, meslek ve ekonomik ölçüt olarak sıralamaktadır. Sencer, **Sosyal Sınıflar**, s. 11.

veya düşük olmasından çok, gelir durumuyla paralellik arz eden tutum ve hayat biçiminin sergilenmesi gerekir[282].

Sosyal sınıf analizinde dikkate alınacak faktörlerin kimisi birinci derecede öne çıkarılarak, toplumlarda çeşitli sosyal sınıflar belirlenmektedir. Çağdaş toplumlarda sosyal sınıflar; işçi sınıfı, idare edenler sınıfı, orta sınıf ve köylü sınıfı olmak üzere dört sınıfa ayrılmaktadır[283]. Bu ayrım toplumdan topluma az veya çok değişiklikler gösterebilir. Buna rağmen müşterek özellikler dolayısıyla ana hatlarıyla böyle bir ayrıma gidilmesi faydalıdır[284].

Suçun tarihi sürecinde İtalyan doktrin ve uygulamasında sosyal sınıf kavramı hakkında başlıca iki farklı görüş ortaya konulmuştur. Bunlar ekonomik temeli üstün tutan görüş ve kavrama genel anlam veren görüştür[285]. Sosyal sınıfın ekonomik temele dayandıran görüş kendi içinde iki bölüme ayrılmaktadır. Bunlardan ilki sosyal sınıfların üretim ilişkilerine göre kurulabileceğidir. Başka bir anlatımla, ulusal zenginliğin paylaştırılmasında pay miktarları ve paya sahip olma yolları sosyal sınıfları oluşacaktır. Bu bakımdan işverenler, işçiler (emekçiler), köylüler, işverenler kapitalistler sosyal sınıf kabul edilebilirler[286]. Diğeri ise ekonomik açıdan sınıfların ayrımını bilimsel temellerin dışında; gelir zıtlıklarıyla işverenlerin belirli bölümleri arasında yapılmaktadır. Bu görüşe göre, büyük toprak sahipleri, endüstriciler, esnaf, bina rantiyecileri, bankerler ve tüccarlar sosyal sınıf olarak görülmelidir[287]. Sosyal sınıf kavramına genel anlam veren görüşü savunanlar, ekonomik kıstasların dışında oluşan gruplaşmaları da sosyal sınıf kavramının kapsamı içinde değerlendirmektedirler. Bu anlamda sosyal sınıf, bir devlet gücü veya belirli kişilerce oluşturulmuş değildir ve kolektif güçlerle ortak bir amaca yöneltilmemişlerdir. Bu açıklamaya göre askerler, belirli meslek grupları, ortak bir işi görmek nedeniyle birlikte bulunan gruplar birer sosyal sınıftır[288].

---

[282] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6061, 6062.
[283] Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 85.
[284] Dönmezer, **Toplumbilim**, s. 308; Laroque, **Sosyal Sınıflar,** s. 44.
[285] Özek, "Türk İtalyan …", s. 32; Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 114.
[286] Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 114.
[287] Özek, "Türk İtalyan …", s. 35; Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 114.
[288] Özek, "Türk İtalyan …", s. 35, 36.

Doktrinde maddede yer alan sosyal sınıf kavramının yorumunda iki farklı görüşle karşılaşılmaktadır[289]. İlk görüşü savunanlar, sınıf ve zümrenin birbirinden farklı anlamlar içerdiğini, din adamlarının, tüccarların, bankerlerin, mühendislerin, avukatların ve benzeri iş ve meslek gruplarının zümre sayılacağını; sosyal sınıflardan, ekonomik temele dayanan sınıfı anlamak gerektiğini ileri sürmektedir[290]. Bunun yanında aynı dine mensup olanların bir sosyal sınıf olarak kabul edilmesinin sosyal anlayışlara ve laiklik ilkesine uygun olmayacağını belirtmektedir[291].

Katıldığımız diğer görüş ise maddede geçen sosyal sınıf kavramının, münhasıran iktisadi sınıfları belirtmediğini, geniş anlam verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, toplumda münhasıran iki sınıfın (emek ve sermaye) bulunduğu iddiası ceza mevzuatımıza yabancıdır. Sınıf, insanın bütün hayat biçimlerini, tarzlarını etkisi altında bulunduran sosyal bir olgudur. Öyleyse sosyal sınıfların sosyoloji ilminin verilerine göre tayini gerekir. Bu nedenle sosyal sınıfları sadece ekonomik sınıflar veya iradî oluşumlar değildir. Özel çevre şartları ve tarihsel olgularla sosyal sınıflar kendiliğinden ortaya çıkmışlardır. Kişinin, bir sınıfa mensubiyeti bu sosyal kanunlar çerçevesinde olur. Birçok kişinin ortak nedenlerle bağlı oldukları düzenin mevcudiyeti ve bu düzenin diğer insan gruplarından sosyal durum ve koşullar bakımından ayrılabilmesi sosyal sınıfın varlığını ortaya koymaktadır. Sınıf tabiri ülkede yaşayan ve benzer fizik, psişik, kültürel vs. özelliklere sahip insanların meydana getirdiği tabii grupları olduğu kadar kalıtımsal olarak sahip oldukları belli fizik ve sosyolojik özellikleri itibari ile birbirinden ayrılan grupları da ifade eder. Bu hususlar gözetildiğinde iradi teşekküllerden siyasi partiler birer sınıf değildir[292].

Yargıtay göre sosyal sınıf; *"Toplumun yapısındaki yeri ve özelliği ile varlık kazanmış, aynı toplumsal düzeydeki fertlerin birliğinden oluşmuş, çiftçi, esnaf, mülk*

---

289 Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 112.

290 Özek, "Türk İtalyan …", s. 32, 36. Benzer görüş için bkz. Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. III**, s. 544.

291 Fahrettin Kıyak, "Suç İşlemeye Tahrik Cürümleri", **AD**, 1961, S. 9-10, s. 924, 925.

292 Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 112; Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 89, 90; Önder, **Türk Ceza …,** s. 416; Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, C. III, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 619; Çağlayan, **Notlu ve İçtihatlı …**, s. 1067; Dönmezer, **Toplumbilim**, s. 299; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 256.

sahibi, tüccar, memur, işçi, idare olunan vs. gibi grupları ifade etmektedir."[293] Kendi içinde organize olmamış, devamlılığı bulunan kendiliğinden oluşmuş büyük insan kategorilerini de sosyal sınıf olarak değerlendirmiştir[294]. Ancak aynı dine mensup olanları sosyal sınıf olarak kabul etmemiştir[295].

2.2.2.2.3. Irk

Irk, sözlükte; *"Bir ailenin, bir halkın soyu; kökünü aldığı kendinden önceki nesillerle kendinden çıkan sonraki nesillerin tamamı, zürriyet, sülâle"* manasına gelmektedir[296]. Irklar, kalıtsal fizik karakterleri birlik gösteren insanların oluşturduğu doğal gruplardır. Buradaki fizik karakter, insanların doğrudan doğruya yaradılışına, tabiatına bağlı olan karakterlerdir. Bu karakterler, kalıtsal nitelik taşıdıkları, kendinden sonra gelenlere aktarılabildikleri takdirde bir değeri vardır[297]. Dolayısıyla ırk; genetik bakımdan şartlandırılmış, nispeten sabit şartlar altında kuşaktan kuşağa geçen, belirli beden karakterlerinin toplamına sahip bireyler grubu şeklinde tanımlanmaktadır[298].

"Irk" teriminin yanlış olarak başka kavramların yerine kullanıldığına rastlanılmaktadır. Öncelikle ırk, devlet, kavim, halk ve millet gibi kavramlarla karıştırılabilmektedir. Oysa bu kavramlar daha çok tarih, kültür ve toplum ile ilgili sosyal gerçeklere dayanır. Örneğin "Fransız ırkı" denilmektedir. Hâlbuki Fransa'da birbirinden ayrılabilen en az üç ırkın olduğu bilinmektedir. Bundan başka, ırkın dil birliği üzerine kurulmuş gruplarla çok karıştırıldığı da olmaktadır. Örneğin Avrupa kavimleri klasik hâliyle, Latin, Germen ve İslav olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Latin, Germen ve İslav dilinden veya medeniyetinden bahsetmek mümkün olduğu hâlde, bunları ırk olarak nitelemek yanlıştır. Bunun gibi Semit ırklarından değil,

---

[293] YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6109); YCGK, 27.10.1998, 1998/8-247 E, 1998/335 K; "Sanıklar… öğretmen okulu bahçe duvarlarına ve diğer yerlere komünistliği övücü sözleri yazarak ve orak-çekiç resimleri çizerek cemiyetin türlü sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda birbirine karşı tahrikten ibarettir.", Y 8. CD, 18.6.1974, 1974/2 E, 1974/2 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 2999; 3018).

[294] YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6109).

[295] YCGK, 10. 11. 1969, 1969/4-528 E, 1969/471 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3005).

[296] **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, C. 9, Meydan Yayınevi, İstanbul 1991, s. 297.

[297] Henri-V Vallois, **İnsan Irkları,** Seniha Tunakan (Çev.), AÜ Dil ve Tarih-Coğrafya Yayınları, Ankara 1975, s. 1, 2; Erkal, **Sosyoloji**, s. 76.

[298] Önder, **Türk Ceza …**, s. 416; Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 2994; Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4350.

dillerinden söz etmek doğrusudur. O hâlde, ırk adları sadece fizik karakterlerin birliğine göre kurulmuş gruplar için kullanılmalıdır; ancak o zaman antropolojik bir anlam ifade eder[299].

Belirtilen yanlış kullanımlar ırkçılık akımlarıyla doğmuştur. Irkçılık, insan ırkları arasındaki biyolojik farklılıkların kültürel veya bireysel meseleleri tayin etmesi gerektiğine ve doğal sebeplerle bir ırkın (çoğunlukla kendi ırkının) diğerlerinden üstün ve onları hükmetmeye hakkı olduğuna inanan düşünce sistemidir. Çoğunlukla ırkçılık, kendi etnik kültür değerlerini tek kıstas olarak belirleme, ırklar arasında birleşmelere ve ilişkilere karşıtlık ve milliyetçilik eksenindedir. Aynı kökten gelenlerin başka köklerden gelenleri aşağılaması olarak da algılanan ırkçılık, sosyal ayrımcılığı, ırklar arasındaki fizyolojik ve antropolojik ayrıntılarla insanların gruplandırılmasını ve soykırıma kadar varabilen şiddeti haklı göstermektedir[300].

Irkların sınıflandırılması, genetik, anatomi-fizyoloji ve patoloji ile ilgili ölçülere dayanır. Bu ölçülere göre ırkları ayırt etmek için pek çok karakter kullanılır. Bunların hepsi aynı derece öneme sahip değildir. Bazıları, bir ırkla diğer ırk arasında pek az ayrılık gösterebilir. Bu karakterlerden en eski ve klasik olanı deri rengidir. Bundan başka, saç ve göz rengi, saç ve burun yapısı, boy, baş, yüz, göz şekli, kulaklar, dudaklar, baldır vs. fiziksel karakterlerdir[301]. Böyle olunca da insan ırkını sınıflamada zorluklar söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki kriterlerin seçimi zordur, birbirine karışmışlık yüzünden çok az sayıda saf ırk kalmıştır ve ırklar da insanlar gibi evrim geçirdiklerinden belli bir ırkı tanımlayan karakterler geçicidir[302].

Irklara ilişkin ilk bilimsel sınıflamayı Linné oluşturmuştur. Linné (1738), insan türünü dört gruba ayırmaktadır. Bunlar, Amerika, Avrupa, Asya ve Afrika adamıdır. Linné'nin sınıflaması yeterli bulunmamakla birlikte, hâlen bazı antropologların tarafından kabul görmektedir. Irklara ilişkin ilk sınıflandırmalardan

---

299 Vallois, **İnsan Irkları,** s. 2, 3.

300 Önder, **Türk Ceza …**, s. 416; Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması Hususi Kısım-Cürümler**, C. II, 2. Bası, Ankara tarihsiz, s. 73.

301 Vallois, **İnsan Irkları,** s. 3-5; **Ana Britannica**, C. 16, s. 172.

302 **Meydan Larousse**, C. 9, s. 298. Bu yüzden günümüzde antropologların pek çoğu her türlü ırk sınıflandırmasını reddetmektedir. **Büyük Larousse**, C. 11, s. 5479.

bir diğerini, Blumenbach (1806) yapmıştır. Bu bilim adamı, Linné'nin dört grubunun fizik karakterlerine, özelikle baş şekline göre açıklayıp beşinci olarak Malai (Malezya) ırkını ilave etmiştir. Bunun yanında dünya parçaları adları ile uyumluluk sağlamayan bazı ırkların adlarını değiştirmiştir. Buna göre, bu beş ırk Kafkasyalı (beyaz ırk), Mongol, Habeş, Amerika ve Malezya ırklarıdır. Sonra Desmoulins (1825), daha çok etnografik karakterler üzerinde durarak ırk sayısını 16'ya yükseltmiştir. Daha sonra Huxley (1870) ilk olarak Avustralya ırkının varlığından söz etmiştir. Başka birçok bilim adamı ırk ayrımında kullanılan fiziksel karakterlerden bazılarını ön plana alarak çeşitli ırklar ortaya çıkarmıştır. Bunlardan Deniker (1900) birçok karakteri bir araya getirerek doğal gruplar oluşturmaya çalışmış ve diğer antropologların topladığı verileri göz önünde tutarak yeni bir sınıflandırma oluşturmuştur[303]. 27 ırk ve 22 alt ırkı içine alan bu sınıflama hâlen kullanılmaktadır. Bu 27 ırk dört büyük ırk grubu altında ele alınmıştır[304]. Buna göre;

a) İlkel ırklar: Bunlarda genel karakter durumları diğerlerine nazaran az ileri gitmiş morfolojik bir gelişme gösterir; Vedda ve Avustralyalılar olmak üzere sayıları ikidir.

b) Siyah ırklar ve Negroidler: Deri koyu renkli, saçlar yapağı veya çok sık dalgalı, burun genel olarak geniştir; Habeş, Afrika siyahları, Negril (Afrika pigmeleri), Khoisan, Melano-Hindu, Negrito, Melanzyalılar olmak üzere sayıları yedidir.

c) Beyaz ırklar: Bunların deri rengi açık veya esmer, saçlar bukle veya dalgalı, burun genel olarak incedir; Nordik, Doğu Avrupa, Dinarik, Alpli, Akdeniz, Aynu, Anadolu, Turan, Güneydoğu Asya, İndo-Afgan olmak üzere sayıları ondur.

d) Sarı ırklar: Deri renkleri sarımsı temel bir tonda, saçları düz veya pek az kıvırcık, burun genişlikleri değişiktir; Siberya, Kuzey Asya Mongolları, Orta Asya Mongolları, Güney Asya Mongolları, Endonezyalılar, Polinezyalılar, Eskimolar, Amerika yerlileri olmak üzere sayıları sekizdir.

---

303 Vallois, **İnsan Irkları,** s. 7-9.

304 Vallois, **İnsan Irkları,** s. 9; **Meydan Larousse**, C. 9, s. 298. TCK'da yer alan "Irk" kavramından büyük ırklar (siyah derili, sarı derili, beyaz derili ve ilkel) anlaşılmalıdır. Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 105. Ülkemizde, Türk, Kürt, Laz, Çerkez ve diğer ırklara mensup insanlar birlikte yaşayarak, Türk milletinin ayrılmaz parçalarını oluşturmaktadır. Gündel, **Yeni Türk Ceza …,** s. 4350.

Yargıtay ırkı, *"Genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip birey toplulukları"* olarak tarif etmiştir[305].

2.2.2.2.4. Din

Din, insanlık tarihi kadar eskidir; tarihte ne kadar geriye gidilirse gidilsin dini inançtan yoksun bir topluma rastlanmamaktadır. Her nerede insan varsa orada din de olmuştur. İnsanlar, ilkel de olsa pek eski zamanlardan beri doğaüstü bir erke, bir dine tutunmuşlardır. O hâlde, din tabii ve sosyal bir gerçekliktir[306]. İnsan; duyan, düşünen, dileyen ve inanan mahlûk olarak tarif edilir. Diğer hususlar bir dereceye kadar hayvanlarda da olmasına karşın inanma melekesi sadece insana mahsus bir durumdur. Ancak din sadece inançtan ibaret değildir, aynı zamanda kişinin dünyevi hayatına yön verecek, ahlaki, hukuki ve sosyal kuralları da içinde barındırır. Bu durum, dinin insanlık için bir ihtiyaç olduğunu ve toplumun ayakta durmasını sağlayan esasların başında geldiğini gösterir. Tartışmasız olan her toplumda din olgusunun varlığının, dinsel inanç bütününün toplumun oluşumunu kapsayıcı bir biçimde etkilediği, toplumsal yapı değişimleri ile dinsel inancın temel kurallarında ve toplumsal işlevinde değişimleri ortaya çıkardığıdır[307].

Din, değişik bilim dallarıyla uğraşan bilginlerce kendi gelenek, görenek, kültür, anlayış, yaşam biçimleri, inançları, yaşanan çevrenin, coğrafyanın etkisi göz önünde bulundurularak çeşitli sözcüklerle ifade edilmiş ve farklı şekilde tanımlanmıştır[308]. Arapça kökenli bir kelime olan din, *"Yol, hüküm, mükâfat, itaat,*

---

[305] YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6109); YCGK, 27.10.1998, 1998/8-247 E, 1998/335 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …,** s. 2999). Alman Yargıtayı, Yahudilerin, biyolojik ve antropolojik anlamda ırk olmamakla birlikte halkın kışkırtılması suçu bakımından ayrı bir ırk sayılması gerektiğine karar vermiştir. Akt. Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 105.

[306] Yümni Sezen, **Sosyoloji Açısından Din**, MÜHF Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, s. 13; Ahmet Kahraman**, Dinler Tarihi**, 7. Baskı, Marifet Yayınları, İstanbul 1999, s. 18.

[307] Abdurrahman Küçük, Günay Tümer, Mehmet Alparslan Küçük, **Dinler Tarihi**, 4. Baskı, Berikan Yayınevi, Ankara, 2012, s. 21; Kahraman, **Dinler Tarihi,** s. 17.

[308] Felsefe bilimi açısından din tanımı, felsefi sisteme göre farklılık gösterir. Zihinci felsefe dini, akıl yürütme olayları olarak ele alır. Dinamist felsefe, kökünde hayat enerjisi olan insan yönelişi olarak görür. İdealist felsefe dini, evrensel kavramlar ve idealler olarak tarif eder. Egzistansiyalist felsefe, manevi gerginlik bağlamında değerlendirir. Sosyologlara göre ise din, kutsal şeylere ait ve münakaşaları caiz olmayan inançları taşıyan ve bu inançlara bağlı olan ve değiştirilmesi caiz olmayan fiilleri yapan insanlardan meydana gelmiş manevi birliktir. Günay Tümer, "Din", **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C. 9, İstanbul 1994, s. 315.

saltanat, mülk, kaza, takva, ferman" gibi sözcüklerle karşılanmaktadır[309]. Din sözcüğünün İslami kaynaklarındaki karşılığı ise "ceza, mükâfat, hüküm, hesap" şeklindedir[310]. Din, zaman zaman inanç sözcüğünün yerine kullanılmıştır. Dinin ansiklopedik anlamı, *"İnsanın kutsal saydığı gerçeklikle ilişkisi; bu ilişkinin çerçevesini oluşturan inançlar, öğretiler, değer yargıları, davranış kuralları, tapınma biçimleri ve kurumsal yapılar."* biçimindedir[311].

Ceza hukuku uygulamasında genel olarak din, doğaüstü, mukaddes ve dogmatik olup, kutsal varlıklara bağlılık ve teslimiyeti gerektiren ve kendisine özgü ibadet, ayin ve törenleri bulunan bir inanç sistemi şeklinde tarif edilmiştir[312]. Yargıtay, din kavramını; *"Kutsal varlıklara bağlılık ve inanç dindir, her din bu dinden olanlar arasında manevi bir birlik meydana getirir."* şeklinde ifade etmiştir[313]. İslam bilginlerince dinin tarifi İslam inançları gözetilerek yapılmıştır. Örneğin Seyyid Şerif el-Cürcânî, *"Din, akıl sahiplerini Peygamberin bildirdiği şeyleri kabule çağıran ilahi bir kanundur"* ifadelerine yer vererek dini tarif etmiştir. Elmalılı Hamdi Yazır ise *"Din, iman ve amel ve mevzuu olarak akıl ve ihtiyara teklif olunacak hak ve hayır kanunlarının heyet-i mecmuasıdır."* biçiminde farklı bir tarif getirmiştir[314]. Din tanımlarına bakıldığında; kutsal varlık, Tanrı, Peygamber veya din kurucusu, akıl, irade, inanç, ilahi kurallar, ibadet, zihni meleke, kesin itaat, toplumsal ve sosyal değerler bilinci gibi hususlara değinildiği görülmektedir[315]. Tartışılmaz

---

309 Tümer, "Din", s. 314; Sezen, **Sosyoloji Açısından Din**, s. 7; Hasan Akay, **İslami Terimler Sözlüğü**, İşaret Yayınları, İstanbul 2005, s. 101.

310 Küçük, Tümer, Küçük, **Dinler Tarihi**, s. 27.

311 **Ana Britannica**, C. 10, s. 162.

312 Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …,** s. 2994; Malkoç, **Açıklamalı …,** s. 3592.

313 YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201-2005/30; YCGK, 29.4.2008, 2007/8-244, 2008/92 (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6109, 6086); "Şeriat özentisi kimliğinde olan sanığın, Türkiye'nin doğulu-güney doğulu, Türk-Kürt, Alevi-Sünni, inanan-inanmayan ayrımı yapmayan yöneticiler tarafından yönetilmiyor olması gibi bir problemi olduğunu… hukukun ve yasaların Ankara'da ayrı Tatvan'da farklı uygulandığını, terör bölgesi gerekçesine sığınıldığını… tatbikatın bölgeden-bölgeye, şahıstan-şahısa değiştiğini, etnik kökenlilere faklı muamele yapıldığını, laik diktatörlük kurulduğunu, bu diktatörlüğe kanun, nizam hakkı istiyorum diye karşı çıkılması gerektiğini, Kürt olmanın, Müslüman olmanın suç sayıldığını… halkı, sınıf, din ve etnik köken gözetip kin ve düşmanlığa kışkırtma eylemini işlediği", Y 8. CD, 3.11.1999, 1999/12715 E, 1999/14981 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …,** s. 4398).

314 Tümer, "Din", s. 314, 315.

315 Tümer, "Din", s. 316.

kabul gören, kutsal ve üstün varlık inancının dinin temelini ve özünü teşkil etmesidir[316].

Dinler birçok şekilde sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bu sınıflandırmalardan biri dinleri, ilkel kabile dinleri, milli dinler ve evrensel dinler olarak üçe ayırmıştır. İlkel dinler, bazı bilginlerin dini gelişmenin ilk evreleri olarak düşündüğü animizm, totemizm, natürizm, fetişizm gibi ilkel kabile dinleridir. Milli dinler, genellikle bir kurucusundan söz edilmeyen, sadece bir millete mahsus olan geleneksel yapıdaki dinlerdir. Eski Mısır, Yunan, Roma gibi dinleri buna örnek verilebilir. Bazen milli bir dinden evrensel bir din ortaya çıkabilir. Yahudilere mahsus bir dinden Hristiyanlığa, Hindistan'ın milli dini yapısından Asya'nın büyük kısmına yayılan ve uzak doğuda en çok taraftarı ve nüfuzu olan Budizm çıkmıştır. Bu sınıflandırmaya göre İslam evrensel bir dindir[317].

İslam âlimleri ise dinleri, batıl dinler ve hak dinler olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Hak dinler, ilahi dinler veya semavi dinler olarak da adlandırılmaktadır. Hak dinler ilahi bir kaynağa dayanan, Allah tarafından gönderilen dinlerdir. Bunlar tarihi sıraya göre Yahudilik, Hıristiyanlık ve İslamiyet'tir. Batıl dinler, ilahi kaynağa dayanmayan, Hazreti Âdem'den itibaren gelen tek tanrılı tevhit dininin çeşitli sebeplerle bozulması veya diğer bazı faktörlerle ortaya çıkan dini inanç ve yaşayışlardır[318].

Bahsedilen tasnifler dışında dinsel nitelik taşıyan cereyanlar ve dine karşı veya dini sınırlı ölçüde kabul eden öğretiler mevcuttur. Bunların en çok bilinenleri Yehova Şahitleri, Moonculuk, Bâbîlik, Bahaîlik, Kadiyanîlik, Ateizm, Agnostisizm Deizm'dir. İslamiyet, Hıristiyanlık, Yahudilik temeline dayanan bazı din ve kültürlerden istifade etmek suretiyle, bunlardan işlerine gelen veya beğendikleri bazı inanç ve değerleri alarak ve onları bağdaştırarak (senkretizm), yeni dini hareketler ortaya çıkarılmıştır. Bunlar din olmayıp siyasi ve dünyevi ihtiras, arzu ve menfaatlerin tesiriyle ortaya çıkan, bunları gizlemek, örtmek, ayrıca yaşamlarını sürdürebilmek için de bazı dinleri (İslamiyet, Hıristiyanlık veya Yahudilik) kullanıp

316 Sezen, **Sosyoloji Açısından Din**, s. 13.
317 Süleyman Hayri Bolay, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, 4. Baskı, Akçağ Yayınları, Ankara 1987, s. 36; Tümer, "Din", s. 318.
318 Tümer, "Din", s. 318; Akay, **İslami Terimler Sözlüğü**, s. 101; Kahraman, **Dinler Tarihi**, s. 39.

faydalanan hareketlerdir[319]. Örneğin Yehova Şahitleri ve Moonculuk Hıristiyanlık dini temeline dayandırılır[320]. Bâbîlik, Bahaîlik ve Kadiyanîlik İslam dini temeline dayandırılan hareketlerdir[321]. Ateizm (Tanrıtanımaz), Tanrı'nın varlığını, gerçekliğini öne süren veya kanıtlamaya çalışan teizmin karşıtı, yani âlemde deruni, harici ve üstün bir gücün sebebini inkâr eden öğretidir. Ateistler için Tanrı'nın var olmadığı kesin bir doğrudur. Ruhu ve hayatı inkâr ederken âlemin tesadüfen birtakım kombinezonlar ile meydana geldiğini iddia eder. Tabiat olaylarının izahında neden tanımaz. Ateizm dine, dindara, yüksek inançlara karşıdır[322]. Agnostisizm (Bilinemez), Tanrının var olup olmadığının bilinemeyeceğini, âlemin ilk ve son sebeplerinin akıl için daima meçhul kalacağını iddia eder. İnsanın kendi deneyimleriyle elde ettiği olguların ötesinde hiçbir şeyin bilinemeyeceğini öne sürer. Fizikötesi (metafizik) tezleri açıkça reddetmez, ancak tespit etmenin bilgisizlik nedeniyle imkânsız olduğunu savunur[323]. Deizm ise (Yaradancılık), mantık ve doğal dünyaya dair gözlemlerin kaynağını oluşturduğu; dini bilgiye dolaysız biçimde sadece akıl yoluyla ulaşılabileceği ilkesini esas alan, bu sebeple vahiy ve esine dayalı tüm dinleri reddeden, tabii dini benimseyen tek Tanrı inancıdır[324].

2.2.2.2.5. Mezhep

Mezhep, *"gidilen yol"* manasına gelen Arapça bir kelimedir[325]. Sözlük anlamı, *"Bir dinin görüş, yorum ve anlayış ayrılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biri"*dir[326].

İslam dininde, içtihadi meselelerde farklı düşünen çeşitli mezhepler ortaya çıkmıştır. Çeşitli alanlardaki fikir, akım ve ekoller de mezhep olarak anılmıştır. Şöyle

---

[319] Küçük, Tümer, Küçük, **Dinler Tarihi**, s. 489; Ethem Ruhi Fığlalı, **Çağımızda İtikadi İslam Mezhepleri**, Selçuk Yayınları, Ankara 1980, s. 1-4.

[320] Kahraman, **Dinler Tarihi**, s. 285-290; Küçük, Tümer, Küçük, **Dinler Tarihi**, s. 489-499.

[321] Bolay, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, s. 30, 126; Fığlalı, **Çağımızda İtikadi İslam Mezhepleri**, s. 165-183.

[322] Bolay, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, s. 25-27; **Ana Britannica**, C. 3, s. 265; **Meydan Larousse,** C. 2, 19, s. 255, 52. Ateizm bir din olmadığından, halkın belirli bir dine mensup kesiminin ateist olan kesime karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi TCK m. 216/1 kapsamında değildir. Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 121, 122.

[323] Bolay, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, s. 3, 4; **Ana Britannica**, C. 1, s. 168-169.

[324] Bolay, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, s. 49; **Meydan Larousse** C. 5, 20, s. 96, 281.

[325] Fığlalı, **Çağımızda İtikadi İslam Mezhepleri**, s. 1; Cin, Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 132; **Meydan Larousse**, C. 13, s. 489.

[326] Akay, **İslami Terimler Sözlüğü**, s. 307.

ki inanç itibariyle mevcut olan mezhepler yanında hukuk alanında da mezhepler oluşmuştur. Bu bağlamda İslam dininde mezhepler itikadi (inanç, iman) ve amelî (hukuki, fıkhî) olmak üzere iki ayrı kategoride incelenmektedir[327].

Amelî mezhepler içtihadi meselelerde birbirinden az da olsa farklı düşünen hukuki ekoller olup, kurucularının her biri müçtehittir. Bu mezhepler daha sonra kurucularının adıyla anılmışlardır. Hukuki hükümlerle alakalı fikir ayrılıkları "Füru" denilen içtihadı esasları ilgilendirdiğinden, bu alandaki mezhepler arasında Sünni-batıl ayrımı yoktur[328]. İslam hukukundaki mezhepler, Kur'an ve Sünnetin açıkça düzenlemediği konulara ait hükümlerin, yine bu iki kaynağa ve bazı esaslar çerçevesinde, içtihatta çıkan fikir ayrılıklarından doğmuştur. Amelî mezheplerin birçoğu zamanla taraftar bulamayıp kaybolmuşlardır. Bunlar arasında en önemlileri olan ve günümüze kadar ulaşanları, Hanefi, Maliki, Şafi ve Hanbeli mezhepleridir[329].

Amelî meselelerde mezhepler olduğu gibi inançla ilgili meselelerde de mezhepler vardır ki bunlara itikatta mezhep adı verilir. İtikadi mezhepler, Allah'ın sıfatları, peygamberlik, kaza ve kader, ahiret, Cennet, Cehennem, şefaat, mucize, keramet, büyük günah işleyenin durumu, halifelik, Kur'an'da yer alan teşbih ifadelerinin tevili gibi konulara ele almaktadır[330]. İslam âlimleri tarafından itikadi hak mezhep olarak kabul gören mensuplarına Sünniler de denilen Resulullah ile Sahabe ve onların yolunda gidenlerin ismini verdiği mezhep, Ehl-i Sünnet mezhebidir. Bu mezhep, günümüzde Müslümanların %90'ını teşkil etmektedir[331]. Bu mezhebin de iki kolu vardır. Bunlardan biri, Hanefi mezhebine mensup Müslümanların çoğunluğunun görüşlerini kabul ettiği ve kurucusu İmam Ebu Mansur Muhammed Matüridi'nin ismi anılan Matüridi mezhebidir[332]. Diğeri ise Şafiiler ile Malikilerin büyük kısmı, Hanefi ve Hambelilerin bir kısmı tarafından kabul gören ve kurucusu İmam Ebu'l Hasan El'aşari'nin adı ile anılan Eş'ari

---

[327] Cin, Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 131, 132. Ülkemizde, İslam dininin farklı kolları olarak Sünnilik, Alevilik, Şiilik mezhepleri diğerlerine göre daha yaygındır. Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4351.

[328] Cin, Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 133.

[329] Cin, Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 133.

[330] İsmail Mutlu, **Mezhepler Nasıl Ortaya Çıktı?**, 6. Baskı, İstanbul 2012, s. 19; Fığlalı, **Çağımızda İtikadi İslam Mezhepleri**, s. 25.

[331] Cin, Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 139; Mutlu, **Mezhepler …**, s. 19; Bolay, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, s. 62, 63.

[332] Akay, **İslami Terimler Sözlüğü**, s. 37.

mezhebidir[333]. Ehl-i Sünnet mezhebi dışında kalan görüşleri ihtiva eden ve İslam âlimlerince batıl olarak kabul edilen mezheplerin başlıları Şi'a, Haricilik, Mu'tezile, Müşebbihe, Cebriye, Mürcie ve Bid'a mezhepleridir[334].

Hıristiyanlığın ilk dönemlerindeki yayılış sürecinde, Yahudi-Hıristiyan anlayışı ve bunun karşısında Hıristiyanlığı Yahudiler dışına çıkarma anlayışı beraberinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu ise ilk asırlardan itibaren inanç, ibadet, hac, oruç, ayin gibi konularda Hıristiyanlar arasında görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Zaman zaman toplanan ruhani meclislerde çıkan bu görüş ayrılıkları, çeşitli bölünmelere yol açmıştır. Bu bölünmeler 11. yüzyılda Doğu/Ortadoks ve Batı/Katolik oluşumlarını meydana getirmiş, yıllar sonra 16. yüzyılda Protestanlığın doğumuna yol açmıştır. Bu bölünmeler kendi içerisinde daha sonra da devam etmiş, Süryanilik, Gregoryanizm, Monofizit Kiliseler, Ebiyonitler, Maroniler, Cizvitler, Uniteryenler, Metodistler, Mormonlar vb. mezhepleri ortaya çıkarmıştır[335].

İsrailoğulları'nın Filistin'in dışında çeşitli kavimlerle temaslarda bulunmaları üzerine dini telakkilerinde değişiklikler olmuş ve neticesinde birçok mezhep doğmuştur. Yahudi mezheplerini, Hıristiyanlık öncesi Yahudi mezhepleri, İslam sonrası Yahudi mezhepleri ve modern dönem Yahudi mezhepleri olmak üzere üç ayrı grup hâlinde incelenmektedir[336]. Hristiyanlık öncesi Yahudi mezheplerinin başlıcaları, Hasidiler, Ferisiler, Sadukiler, Esseniler ve Zelotlardır. İslam sonrası Yahudi mezheplerinin en büyükleri Ferisiliğin devamı olan Rabbani Yahudiler ile bu mezhebin karşısında olan ve kısmen Sadukilerin görüşlerini benimseyen Karailik'tir. Bunun dışında, İsevviye, Yudganniye ve Şazkaniyye de o dönemin diğer önemli mezhepleridir. Modern dönem Yahudi mezhepleri ve 1789 Fransız İhtilali'nin meydana getirdiği değişiklikler Yahudi dünyasını ve bunların dini anlayışlarını etkilemiştir. Dolayısıyla Yahudiliği çağdaş dünyanın şartlarına uydurma çalışmalarında, Ortodoks Yahudilik, Reformist Yahudilik, Muhafazakâr Yahudilik ve Yeniden Yapılanmacı Yahudilik ve Samiriler mezhepleri ortaya çıkmıştır[337].

---

[333] Mutlu, **Mezhepler …**, s. 20; Akay, **İslami Terimler Sözlüğü**, s. 38.
[334] Cin, Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 140-143; Mutlu, **Mezhepler …**, s. 20.
[335] Kahraman, **Dinler Tarihi**, s. 241-247; Küçük, Tümer, Küçük, **Dinler Tarihi**, s. 396-398.
[336] Kahraman, **Dinler Tarihi**, s. 181.
[337] Kahraman, **Dinler Tarihi**, s. 181-183.

2.2.2.2.6. Bölge

Bölge; *"Sınırları idari veya iktisadi birliğe, arazi, iklim ve bitki özelliklerinin benzerliğine veya üzerinde yaşayan insanların aynı soydan gelmiş olmalarına göre belirlenen toprak parçası"*dır[338]. Ansiklopedik anlamı ise *"Toplumsal bilimlerde, seçilmiş tanımlayıcı ölçütler bakımından türdeşlik ve bütünlük taşıyan, çevresindeki alanlardan bu ölçütlerle ayırt edilen alan"*dır[339]. Sosyal bilimlerde etnik, kültürel ya da dilsel özellikler, topografik şartlar veya iklim, kentsel veya sinai gelişmişlik ve yoğunluk, yönetsel birimler, ekonomik uzmanlaşma bölge tanımında rol oynar[340]. Yerine göre daha dar veya geniş coğrafi sınırlar veya bölümler bölgeyi oluşturabilir. Bu bakımdan bölge, nispi bir niteliği bulunan kültür unsurlarından ibaret belli bir coğrafi sınırı temsil eder[341]. Yargıtay bölgeyi; *"İdari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçası"* olarak tanımlamıştır[342].

2.2.2.3. Fiil

2.2.2.3.1. Genel Olarak

Fiil, belirli bir amaca yönelen, irade ürünü ve dış dünyada etki yaratan icrai yahut ihmali insan davranışıdır[343]. Netice ise dış dünyada fiilin oluşturduğu değişikliktir[344]. İnsan ile hukuk sistemi arasındaki ilişki, insanın dış dünyaya yansıyan fiillerine dayanmaktadır. Ceza hukuku insandan kaynaklanan bir fiil olmadıkça dış dünyada oluşan değişiklikleri dikkate almayacaktır. Ancak dış dünyada etki yaratan her fiil değil, haksızlık ihtiva eden fiiller suç teorisinin konusuna girmektedir. Suçu açıklayan normda mutlaka haksızlık oluşturan bir insan

---

338 **Meydan Larousse**, C. 3, s. 365.
339 **Ana Britannica**, C. 6, s. 269.
340 **Ana Britannica**, C. 6, s. 269.
341 Erem, Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 233; Önder, **Türk Ceza …,** s. 417.
342 YCGK, 27.10.1998, 1998/8-247 E, 1998/335 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …,** s. 3000); "… sanığın… güvenlik güçlerince teröre karşı yürütülen mücadeleyi, haksız hukuka aykırı ve bölge halkına karşı yürütülen bir mücadele gibi gösterdiği, bölge insanını, yapıldığı iddia edilen bu saldırılara karşı Şemdinli'de olduğu gibi hesap sormaya ve öfkesini dile getirmeye çağırdığı anlaşılmakla; ırk veya bölge farklılığı gözeterek halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçunu işlediği", Y 8. CD, 14.4.2008, 2007/133 E, 2008/3957 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).
343 M. Emin Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 232; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …,** s. 192.
344 Neticenin, zarar veya tehlike olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 60; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 201, 202; Vesile Sonay Daragenli, **Tehlike Suçları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998, s. 31, 51.

fiiline yer verilmektedir. Dolayısıyla suç teorisinin konusu olan fiil, suç tanımında yer alan ve haksızlık teşkil eden fiildir[345].

Ceza hukukumuzda "fiil", "hareket", "davranış" terimlerinin anlamları ve kullanımları konusunda birlik bulunmamaktadır[346]. TCK'da ise fiil, hareket, davranış gibi terimler birbiri yerine kullanılmaktadır[347]. Çalışmamızda TCK'daki gibi bir tarz benimsenerek fiil ve hareket birbiri yerine kullanılmıştır.

Hareketin suç tipinde tanımına göre suçlar; tek veya çok hareketli, bağlı hareketli, serbest hareketli, seçimlik hareketli suçlar, ani veya kesintisiz (mütemadi) suçlar gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır[348].

Kanuni tanımda suçun hangi tür hareketlerle icra edilebileceği belirtilmiş ise bağlı; suçun kanuni tarifinde hareket konusunda herhangi bir özelleştirmenin yapılmadığı hâllerde ise serbest hareketli suç söz konusudur. TCK m. 216/1'deki suç, halkın sosyal sınıf ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimi, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesiyle işlenebilecektir. Böylece suçun hangi hareketlerle işlenebileceği belirtildiğinden TCK m. 216/1'deki suç bağlı hareketli bir suçtur[349].

Ani suçlarda tipte yer alan unsurların gerçekleşmesi ile birlikte, suç hem tamamlanmakta hem de sona ermektedir. Burada, hareket devamlılık arz etmemektedir. Kesintisiz suçlarda ise suç tipikliğin gerçekleşmesiyle sona ermemekte, hukuka aykırı durumun meydana gelmesi ile suç tamamlanmakta,

---

345 Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara 1973, s. 39; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 166, 167.

346 *Dönmeze, Erman*, hareketi, açığa vurulan ve insandan çıkan bir tür iş; neticeyi ise hareket sebebiyle dış âlemde meydana gelen değişiklik olarak tarif etmektedir. Hareket ve neticeyi birlikte belirtmek üzere fiil terimini kullanmaktadır. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 350; *Kunter*, hareket ve neticeyi dar anlamda fiilin alt unsuru kabul etmektedir. Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İÜHFY, İstanbul 1949, s. 9, 10; *Özgenç*, fiil ile hareket arasındaki fark ve benzerliği; fiili sadece insan davranışına, hareketi ise ayrıca insan dışı varlıklara da izafe etmekle açıklamaktadır. Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 169, 170; *Koca, Üzülmez*, fiili hareketi kapsayan bir üst kavram olarak değerlendirip hareket kavramının fiil yerine kullanılmasında bir sakınca görmemektedir. Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 90.

347 Örneğin TCK m. 2, 3, 8, 20/1, 21/2, 22/1, 37/1, 99/4'te fiil; 22/6, 23, 35/1'de hareket; 22/2, 31/2, 32/1, 94/1'de davranış terimlerine yer verilmiştir.

348 Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 170; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 113.

349 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 198.

hukuka aykırı durumun ortadan kalkmasıyla bitmektedir. Diğer bir deyişle bu tür suçlarda suçun tamamlanması ve sona ermesi anları farklıdır. TCK m. 216/1'deki suç, kanuni tanımda gösterilen unsurların gerçekleşmesiyle suç hem tamamlanmakta hem de sona ermektedir. Hareket devamlılık gerektirmediğinden ani suç niteliğindedir, mütemadi suç değildir[350].

Suç teorisinde hareket, netice ve nedensellik bağının fiilin alt unsuru olduğu ve suç tanımında yer verilmese bile her suçta mutlaka bir neticenin bulunduğu şeklindeki klasik anlayışın[351] terk edilmesi yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Bu eğilim, çağdaş ceza hukukunda ve TCK sisteminde, neticenin ifade ettiği haksızlığa dayalı suç teorisi yerine hareketin (fiilin) ifade ettiği haksızlığa ilişkin bir suç teorisi inşa edildiğini, neticenin fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı suçun bağımsız bir maddi unsuru olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle "neticesi harekete bitişik suç" veya "neticesi hareketten ayrı suç" şeklindeki ayrımları reddetmekte, suçun kanuni tarifinde neticenin bulunup bulunmamasına göre, "sırf hareket suçları" ve "neticeli suçlar" ayrımını benimsemektedir[352].

Doktrinde, genel olarak, suç tipinde neticenin tanımlanmasına göre suçlar, maddi suçlar (neticeli suçlar) ve şekli suçlar (neticesiz suçlar-sırf hareket suçları) şeklinde bir ayrıma tutulur[353]. Maddi suçlar veya neticeli suçlar, hareketin zaman ve yer bakımından neticeden ayrılabildiği ve hareket ile netice arasında nedensellik bağının araştırılabilmesinin mümkün olduğu suçlardır[354]. Bu tür suçlarda, netice ile hareket arasında nedensellik bağı varsa hareketin neticeyi oluşturmaya elverişliliğinden bahsedilir[355]. Kanunda tanımlanan hareketin yapılmasıyla tipikliği

---

350 Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 124; Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 209.

351 Bu anlayışa göre, neticesiz suç yoktur. Şekli suçlarda da bir netice vardır, ancak bu netice harekete bitişiktir ve hareket yapılır yapılmaz netice de meydana gelir. Hareket ve netice birlikte gerçekleştiği için nedensellik bağı problemi yoktur. Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 55; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …,** s. 365; Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 45; Demirbaş, **Ceza Hukuku …,** s. 233; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 182.

352 Özgenç, **Türk Ceza …,** s. 177, 178; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …,** s. 129; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …,** s. 211, 212.

353 Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 50, 51; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 363; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 242.

354 Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 54.

355 Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İÜHFY, İstanbul 1954, s. 19.

ihlal edilen, neticesi kanuni tanımda yer almayan, suçlara ise neticesiz suçlar, şekli suçlar veya sırf hareket suçları denilmektedir[356].

Bu açıklamalara göre; TCK m. 216/1'deki suç, kanunda tanımlanan hareketin yapılması ile tipiklik ihlal edildiğinden ve ayrıca suç tanımında bir netice öngörülmediğinden şekli suçtur[357]. Daha açık bir deyişle kin ve düşmanlığa tahrikin alenen gerçekleştirilmesi, tipikliğin ihlali için yeterli olup bir neticenin meydana gelmesi gerekli değildir. Zira suç tipinde hareket dışında bir netice aranmamıştır.

TCK m. 216/1'de yasaklanan fiil, "kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme"dir[358]. Bu fiil ile ilgili açıklamalara geçmeden önce, "kin", "düşmanlık", "tahrik" ve "aleniyet" kavramları üzerinde durulacaktır.

2.2.2.3.2. Kin ve Düşmanlık

Farsça bir kelime olan "kin"in sözlük anlamı; *"Bir kimsenin bir başkasına karşı kendince var olan bir nedenle duyduğu, çoğunlukla öç alma isteğiyle birleşmiş sürekli ve gizli düşmanlık, garez"*dir[359]. Kin, *"Düşmanca yapılacak hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik durum"* olarak da tarif edilmektedir[360]. Kızgınlık veya öfke gibi anlık duygular kin değildir; kin insanın intikam alma duygusunu uzun süre içinde gizlemesidir[361].

Farsça bir kelime olan "düşmanlık" ise sözlükte; *"Birine karşı duyulan kin ve nefret"* biçiminde tanımlanmaktadır[362]. Düşmanlık; *"Düşmanlık beslenen konuya karşı düşünerek taşınarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu"*

---

356 Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 365; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 212; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 178; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 129.
357 Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 130.
358 Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6067.
359 **Büyük Larousse**, C. 16, s. 5787.
360 Önder, **Türk Ceza …**, s. 414.
361 TCK m. 216'nın gerekçesinde kin; "Öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hâl" olarak tanımlanmıştır.
362 **Büyük Larousse**, C. 7, s. 3465.

şeklinde de ifade edilmiştir[363]. Yargıtay ise düşmanlığı; *"Kin ve nefret duygusunu saçmak, yaymak, telkin eylemek"* olarak tanımlamıştır[364].

Kin ve düşmanlık; failde, suça konu olacak muhtemel mağdurları her türlü vasıtayla alt etmeye, yok etmeye, zarar vermeye itecek nitelikte bir duygu oluşumudur[365].

2.2.2.3.3. Tahrik

Tahrik, sözlükte; *"Bir kimseyi kışkırtmak, onu kınanacak bir davranışta bulunmaya, şiddet kullanmaya, yasaları çiğnemeye itmek eylemi, bu amaçla yapılan hareket"* anlamına gelmektedir[366]. Doktrinde birçok yazar tarafından tahrikin tanımı yapılmıştır. Bir tanıma göre tahrik; başkalarına suç işlettirmek için onların ihtiraslarını, kinlerini, arzularını uyandırmak, tahriş eylemektir[367]. Tahrik, bir olayın gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi veya hâli hazırdaki bir durumun devamı için kişi veya grupların iradesi üzerinde etki yaratılması veya iradelerinin harekete geçirilmesi veyahut belli bir yöne yöneltilmesi amacıyla yapılan hareket şeklinde de ifade edilmiştir[368]. Diğer bir tanıma göre tahrik, başka kişi veya kişileri, belli bir yöne doğru yönlendirmek için yapılan açık psikolojik bir baskıdır. Buna göre tahrik, kişiyi veya kişileri harekete geçirici, özel psikolojik bir enerjiyle, başka kimselerin iradesinin üzerinde doğrudan etki yapmaya yönelten hareket biçimidir[369]. Bir başka tanımda tahrik, kişinin doğrudan başka kimseler yönelik olarak bir fiilin gerçekleştirilmesi konusunda karar verilmesini sağlayan harekettir[370]. Tahrik, belli

---

[363] Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 121. Bu tanım hemen hemen aynı şekilde, TCK m. 216'nın gerekçesinde; "Husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu" ifadeleriyle belirtilmiştir.

[364] Y 8. CD, 18.6.1974, 1974/2 E, 1974/2 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3018).

[365] Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 534. TCK m. 216'nın gerekçesinde de kin ve düşmanlık; "Husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hâl" şeklinde tarif edilmiştir.

[366] **Büyük Larousse**, C. 21, s. 11154.

[367] Dönmezer, **Matbuat Suçları**, s. 27.

[368] Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 4.

[369] Erol Cihan, "Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu", **İHFM**, C. XXXVI, S. 1-4, İstanbul 1971, s. 178.

[370] Önder, **Türk Ceza …**, s. 379.

bir iradeye yönlendirmek için başka kimselerin iradesinin zorlanması olarak da belirtilmiştir[371].

Yargıtaya göre tahrik, başka kimselere belli bir yönde harekette bulunmaları için yapılan açık bir psikolojik baskıdır. Kişiyi harekete geçirici, kişinin iradesi üzerine doğrudan doğruya psikolojik etki yapmaya yönelik bir davranıştır[372]. TCK m. 216/1'deki suç açısından tahrik, failin, kasten doğrudan doğruya halkın bir kesimi üzerinde diğer kesimine karşı kin ve düşmanlık duyması konusunda karar vermesini temin eden hareketler olarak ifade edilmiştir[373].

Tahrik kelime olarak negatif bir anlam taşımaktadır; iyiliğe, birlik ve beraberliğe tahrik diye bir şey söz konusu olmamaktadır. Tahrikle kişi suç işlemeye, isyana, öç almaya, misillemeye yöneltilmekte, bir bakıma suçun hazırlık safhası oluşturularak suçun unsuru hâline gelinmekte ve suçla birleşilmektedir. Böylece düşünce alanından eylem boyutuna geçilmekte ve sanki suçlular yaratılmaktadır[374].

Fiilin tahrik oluşturabilmesi için biri fiille (objektif), diğeri tahrikin yöneldiği muhataplarla (sübjektif) ilgili iki özelliğe ihtiyaç vardır[375]. Fiilin kendisi ile ilgili olarak, tahrik oluşturacak söz ve hareketlerin ciddi, itici bir özelliğe ve kapsama sahip olması, etkili ve inandırıcı bir çağrı içermesi ve aynı zamanda kin ve düşmanlığa tahrike yönelik olduğunun açıkça anlaşılması gerekmektedir[376]. Dolaylı etkilemeler, tahrik unsurunun gerçekleşmesi için yeterli değildir. Tahrikin yöneldiği muhataplar bakımından ise tahrik teşkil edecek fiil, tahrik edilenlerde belirli

---

371 Yarsuvat, **Toplantı ve Gösteri …**, s. 160.

372 YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6109).

373 Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6069; Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3582.

374 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s.109; Tanör, **Siyasi …**, s. 211.

375 TCK m. 216'nın gerekçesinde söz konusu husus şu şekilde belirtilmiştir: "Tahrik, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail sübjektif olarak da bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmelidir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir red veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarf etme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrikin var olması gerekir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır."

376 "Sanığın, polis merkezi önünde toplanan kalabalığı katılana ait araca zarar vermeleri yönünde tahrik etme ve taş atarak araca zarar verme şeklinde gerçekleşen eyleminin… kül hâlinde mala zarar verme suçunu oluşturduğu gözetilerek… halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan da… Mahkûmiyet hükmü kurulması", Y 8 CD, 18.4.2013, 2012/9038 E, 2013/12264 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

özellikteki halk kesimlerini birbirine karşı kin ve düşmanlık uyandırıp yöneltmeye, iradelerini bu yönde baskı altına almaya uygun ve elverişli olmalıdır[377]. Ancak tahrikle tahrik edilenlerin harekete geçmesi aranmamaktadır[378].

Tahrik oluşturan eylemlerle ulaşılmak istenen amacın açıkça anlaşılması ve bunun gerçekleşmesine doğrudan doğruya yönelen bir hareket biçiminin sergilenmesi, başka bir deyişle güdülen amaçla tahrik içeren hareket arasında yakın bağların bulunması gerekir[379]. Fakat failin tahriklerinde ciddi olup olmaması veya kendisinin halk kesimi tarafından ciddiye alınıp alınmaması önemli değildir[380].

Tahrik, tahrik edenin iradesini ortaya koymaya elverişli her türlü şekil ve vasıta ile mümkündür. Tahrik, söz, yazı, resim, film, levha, sağır ve dilsizler arasında kullanılan el, yüz ve parmak hareketleri gibi şekillerle, kitle iletişim araçlarıyla veya diğer propaganda yöntemleri ile yapılabilir[381]. Sözle yapılan tahrik, ülkede konuşulan dilde olabileceği gibi yabancı bir dilde de olabilir. İkinci ihtimalde, tahrik edilenlerin söylenen sözün anlamını bilmesi, suçun meydana gelmesi için zorunludur[382].

Tahrik, icrai bir hareketle yapılabileceği gibi menfi bir hareketle de gerçekleştirilebilir. Tahrik edilen halk kesimini kin ve düşmanlığa yöneltecek tarz ve

---

377 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 535; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 181, 182; Özek, **Türk Basın …**, s. 327.

378 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 9; Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 123; Önder, **Türk Ceza …**, s. 380; Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3584.

379 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 182; Tanör, **Siyasi …**, s. 141; "Hareketin tahrik cürmünün maddi öğesini oluşturması ve suçun gerçekleşebilmesi için itici bir özelliğe, kapsama sahip olması gerekir. Etkili ve inandırıcı bir çağrı, tahrik kavramı ile birlikte bulunmalıdır. Dolaylı etkilemeler, tahrik kavramı için yeterli sayılamaz. Tahriki oluşturan hareket, yöneldiği kişilerin suç işlemelerini isteyici, sağlayıcı bir özelliğe ve kapsama sahip olabilmelidir. Bu nedenledir ki, tahriki ortaya çıkaran sözlerde, yayın araçlarında tahrikle ulaşılmak istenen amacın açıklıkla belirtilmesi ve bunun gerçekleşmesine doğrudan doğruya yönelen bir hareket biçiminin bulunması ve başka bir anlatımla güdülen amaç ile tahrik hareketi arasında, yakın bağların var olması gerekmektedir. … Tahrikin varlığı, sosyal disiplini ağır biçimde bozan, zarar veren veya zarar verme tehlikesini taşır nitelikteki eylemlere yönelik kışkırtmanın amaçlanması ile saptanmalıdır... bildiri ile yönelinen kişilerin suç işlemelerini isteyen veya belli bir kesimin diğer kesime kin ve düşmanlığı sağlayacak özellik ve kapsam taşımayıp… eleştiri sınırı aşılmış olmakla birlikte… tahrik kastı ile suçun diğer öğelerinin varlığından söz etmek olanağı yok iken… hükümlülük kararı verilmesi", Y 8. CD, 20.11.1985, 1985/4937 E, 1985/5298 K **(**Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3015).

380 Feyyaz Gölcüklü, "Ahaliyi Suç İşlemeğe Alenen Tahrik ve Teşvik", **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, C. l, Ankara 1962, s. 381.

381 Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 121; Kıyak, "Suç İşlemeye …", s. 920; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 172, 173; Erem, Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 227.

382 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 172.

yoğunlukta sessiz bir duruş, vaziyet alış menfi hareket tarzına örnek verilebilir[383]. Tahrikçinin kin ve düşmanlığa tahrik eden sözleri aynı zamanda tehdit niteliği taşıyabilir veya aşağılayıcı bir özelliğe sahip olabilir. Sarf edilen sözler gerçek olabileceği gibi aldatıcı, tahrik edilenlere karşı gerçeği gizleyici bir özelliğe de sahip olabilir. Hatta bu sözler görünürde haklı ve meşru nitelikte olabilmesine rağmen bunlar tahrik amacıyla kullanılabilir. Tahrikçi tahrik edilenleri kin ve düşmanlığa yöneltirken düşüncesini teşvik edici, inandırıcı, cesaret verici, övücü, ricacı, yalvarıcı, telkin veya ikna edici, nasihat veya emir verici sözlerle ifade edebilir[384]. Muhatap halk kesimi belirli özellikleri ile alay edilmek suretiyle de tahrik edilebilir. Halk kesimine belirli bir tutum sergilemelerinin bir görev olduğu ifade edilerek de tahrik gerçekleştirilebilir[385]. Tahrik mevcut duruma veya geleceğe yönelik olabileceği gibi şarta bağlı da yapılabilir[386].

TCK'da "tahrik" dışında, iştirak[387], teşvik, propaganda, övme gibi benzer kavramlara da yer verilmiştir[388]. Övme; suçu benimseme, doğruluğunu belirtme, suçluyu yüceltme şeklindeki açıklamalardır. Suçluları ve işlenen suçları övmenin sonucunda, üçüncü kişilerin suç işlemiş bulunan kişiyi taklide sürüklenebilmesinin tahrikin bir türü olduğu ileri sürülmüştür. Burada, övmenin tahrikten ayrıldığı nokta, bir suçun gerçekleştirilmesi konusunda kişinin doğrudan ve etkili düşüncelerle suç işleme yönünde harekete geçirilmemesidir. Bu nedenle övme, tahrike göre daha hafif bir kuvvete sahip bulunmaktadır[389].

Teşvik, tahrikte olduğu gibi kişiyi belirli neticeye yöneltmek için iradesi üzerine etki yaratmaktır. Hem tahrik hem de teşvikte, kişide suç işleme iradesi olsun veya olmasın suç işlemek için etkileme durumu söz konusudur. Bu bakımdan, ceza

---

383 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 207; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 172.

384 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 173; Önder, **Türk Ceza …**, s. 381; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6069.

385 Önder, **Türk Ceza …**, s. 381.

386 Erem, Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 227.

387 "İştirak" kavramı için "Suçun Özel Görünüş Şekilleri" başlığına bkz.

388 TCK'daki "Suç ve suçluyu övme (m. 215)", "Askerleri itaatsizliğe teşvik (m. 319)", "Halkı askerlikten soğutma (m. 318)", "Savaşta yalan haber yayma (m. 323)" övme, teşvik veya propaganda kavramlarının geçtiği suçlara örnek verilebilir.

389 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 20, 21, Gölcüklü, "Ahaliyi …", s. 381.

hukukunda, suça yöneltme bakımından tahrik ile teşvik arasında bir farkın bulunmadığı ve bunların eş anlamlı olma özelliği taşıdığı belirtilmektedir[390].

Propaganda ise belirli bir düşüncenin başkalarına benimsetilmesi, taraftar kazanılması ya da taraftarların inançlarının kuvvetlendirilmesi amacıyla herhangi bir vasıta ya da şekil ile açıklanması ve yayılmasıdır. Propaganda, düşüncenin açıklanması yanında düşüncenin benimsetilmesi amacını ihtiva eder. Tahrikte belirli bir neticeye doğrudan yönelten itici hareketler söz konusu iken propaganda da bir düşüncenin benimsetilerek yayılması amacı vardır ve bu amaç düşüncenin mutlaka gerçekleştirilmesi konusunda itici bir güce sahip değildir[391].

2.2.3.3.4. Aleniyet

2.2.3.3.4.1. Genel Olarak

Aleniyet, sözlükte; *"Bir şeyin açık, ortada olma durumu"* anlamına gelmektedir[392]. TCK'da aleniyet bazen bir suçun unsuru bazen cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmekte[393], ancak aleniyet kavramı ile ilgili ne bir tanımlamaya ne de bir açıklamaya yer verilmektedir. Bu bakımdan aleniyetin tanım ve tespitinin uygulama ile doktrine bırakıldığı söylenebilir. Buna karşın 765 sayılı Kanun'da, fiilin hangi hâllerde aleni işlenmiş sayılacağına, "Askerleri itaatsizliğe tahrik" suçunun düzenlendiği 153. maddenin dördüncü fıkrasında[394] yer verilmiştir. Maddede geçen fiilin aleni işlenmiş sayılmasına ilişkin ifadelerin sadece 153. maddeye mi özgü olduğu yoksa Kanun'un aleniyeti içeren bütün maddelerinde mi uygulanması gerektiği tartışılan bir konu olmuştur. Birçok yazar, fıkrada geçen *"Ceza Kanununun tatbikinde"* ibaresinden dolayı bu tanımın, aleniyetin geçtiği bütün suçlarda uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Fıkranın mehazı olan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 266/4. maddesinde de söz konusu tanımın aleniyeti

---

390 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 22, 23; Dönmezer, **Matbuat Suçları**, s. 26.
391 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 24, 25.
392 **Büyük Larousse**, C.1, s. 356.
393 Örneğin TCK'nın 213/1, 214/1, 215/1, 217/1, 219/1, 225/1, 264/1, 285/1, 341/1 maddelerinde suçun unsuru; 84/3, 130/1, 299/2, 319/2 maddelerinde ise ağırlaştırıcı sebep olarak yer verilmiştir.
394 153/4. maddeye göre; "Fiil:
1. Matbuat vasıtası ile veya herhangi bir propaganda vasıtası ile;
2. Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda;
Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada islenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak islenmiş sayılır."

düzenleyen maddelerin hepsinde geçerli olduğu kabul edilmektedir[395]. Yargıtay, fıkradaki aleniyet tanımının, genel hükümlerde ve müşterek kısımlarda düzenlenmediğini, bu maddedeki suç için yapılmış olduğunu, diğer maddelerde aleniyetin genel prensiplere göre belirleneceğini kabul etmiştir[396].

Doktrinde aleniyet kavramı ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür[397]. Görüşlerden biri, aleniyet kavramını iki farklı biçimde ele almaktadır. Öncelikle alenilik yer bakımından olabilir. Başka bir deyişle yerin kendisi, vasfı bakımından aleni olabilir ya da olmayabilir. Nitekim bazı yerler vardır ki buralarda tereddütsüz aleniyet oluşur. Örneğin yol, meydan gibi yerlerde aleniyet gerçekleşir. Kavramın bir de kişiler açısından ele alınması söz konusudur. Kişiler açısından aleniliğin tereddütsüz olarak gerçekleştiği topluluklar vardır. Mitingler, gösteri yürüyüşlerinde halkın toplanması buna örnek verilebilir. Bu görüş TCK m. 216/1'deki suç açısından aleniliğin, kişiler bakımından olduğunu; belirsiz bir topluluğu, kalabalığı işaret ettiğini savunmuştur. Belirsiz bir kalabalık veya topluluğun bulunmadığı yerler özü bakımından aleniliğin gerçekleşmesine elverişli olsalar bile alenilik kavramının gerçekleşmesine uygun değildir[398].

Diğer bir görüş, aleniyetin tespitinin fiilin işlendiği yere göre yapılması gerektiği düşüncesindedir. Fiil, herkese açık yerlerde işlenmişse başkalarınca ister görünmüş ister görünmemiş olsun aleniyetin gerçekleşeceğini; fiil, hususi bir yerde gerçekleştiriliyor ise üçüncü kişilerce farkına varılabilmesi hâlinde aleniyetin varsayılacağını ileri sürmüştür. Her somut olayda, bilhassa failin maksat ve niyeti

---

[395] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 164, 165; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 177; Fahrettin Kıyak, "Ceza Kanunu Tatbikatında Aleniyet", **ABD**, 1959, S. 4-5, s. 193; Baha Arıkan, "Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyet", **ABD**, Ankara 1955, S. I, s. 4; Tarık Senkeri, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996, s. 210-213; Ragıp Öğel, "Askerleri Askerlik Vazifeleri Aleyhine Teşvik", **Adliye Ceridesi**, C. 32, S. 1941/4, Ankara 1941, s. 248; Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 130.

[396] Gölcüklü, "Ahaliyi …", s. 384; Y 1. CD, 25.9.1945, 1945/2547 E, 1945/2056 K (Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 175).

[397] *Önder*'e göre, aleniyet kavramının açıklanmasında doktrinde iki sistem benimsenmektedir. Birinci sistemde fiilin işlendiği yere önem atfedilir. Bu bakımdan fiilin işlendiği yer, herkese açık yer olup olmamasına göre ayrıma tabi tutulmakta, aleniyet de buna göre değerlendirilmektedir. İkinci sistemde ise aleniyetin kabulü için hareketin yapıldığı yer özellik arz etmez. Yalnız hareketin "Alenen" yapılmış olması aranır. Önder, **Türk Ceza …**, s. 376, 516, 517.

[398] Cihan, "Yasalara İtaatsizliğe …", s. 172, 173.

nazara alınmak suretiyle, yerin vasfına ve kişilerin miktarına göre aleniyetin oluşup oluşmadığını tayin etme hâkime aittir[399].

Bir başka görüş, aleniyetin varlığını, hareketin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından duyulabilme veya görülebilme (algılanabilme) imkânının olmasına bağlamaktadır. Buna göre, herkese açık bir yerde olsa dahi yapılan hareketlerin görülüp duyulma imkânı bulunmadığı hâllerde aleniyet yoktur. Hareketin yapıldığı yer aleniyetin kabulünde fark yaratmaz, önemli olan hareketin algılanabilme imkânının varlığıdır[400]. Aleniyet, fiilin kalabalık sayıda kimselerin öğrenmelerini mümkün kılabilen herhangi bir vasıta ile işlenmesi olarak da açıklanmıştır[401].

Başka bir görüş, aleniyetin yere bağlı olmadığını, alenen kavramından suçun birçok kimsenin huzurunda işlenmiş olmasını kastetmektedir. Dolayısıyla herkese açık olmayan, birçok kimsenin bulunduğu yerde de aleniyet olabilir[402]. Aleniyet hakkındaki başka bir görüş, fiilin herkese açık yerlerde işlenmesi hâlinde, aleniyetin mevcudiyeti için birden fazla şahsın bulunmasını veya bunu işitebilmesini aramaktadır. Hususi yerler açısından ise kural olarak aleniyeti kabul etmemektedir. Bunun yanında konu, gaye, katılan kişi adedi ve yapıldığı yer bakımından özel nitelikte sayılabilecek toplantılarda hareketlerin aleni olabileceğini savunmaktadır[403].

Diğer bir görüşe göre, aleniyet, fiilin herhangi bir kimsenin görüp işitebileceği bir yerde işlenmesidir. Bu görüş aleniyeti, fiilin herkese açık bir yerde, başkalarının görüp işitebileceği tarzda işlenmesi olarak da ifade etmiştir[404]. Aleniyetin gerçekleşmesi için fiilin çok sayıda kimselere, kitlelere ulaşması gerektiği de iddia edilmiştir. Bu anlayış, mahiyeti veya kullanış biçimi bakımından herkese

---

399 Dönmezer, **Matbuat Suçları**, s. 29.

400 Önder, **Türk Ceza …**, s. 376; Aynı yönde bkz. Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 537; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 453; Handan Yokuş Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 365; Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3168;

401 Sahir Erman, **Hakaret ve Sövme Suçları**, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınları, İstanbul 1989, s. 207.

402 Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 612; Aynı yönde bkz. Akkaş, "İfade Hürriyeti …", s. 99.

403 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 178-180.

404 Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. II**, s. 150; Aynı yönde bkz. Soyaslan, **Ceza Hukuku …**, s. 531; Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4351.

açık olan yerlerde yahut toplantılarda üçüncü şahısların işitebileceği şekilde yapılan beyanları aleni saymaktadır[405].

Başka bir görüş, bir suçun alenen işlenmesini, birçok kimsenin görebileceği yerde işlenmiş olmasına bağlamaktadır. Belirli kimselerin girmesine müsaade edilen yerlerde, yani herkese açık olmayan yerlerde de aleniyetin oluşabileceğini açıklamıştır[406]. Aleniyet kavramına ilişkin bir diğer değerlendirmeye göre, aleniyetin varlığı belirlenirken söz ve davranışların ortaya konduğu yer, kişilerin sayısı ve nitelikleri dikkate alınmalıdır. Bu görüş, hususi yerlerde ve belli bir arkadaş gurubu ile yapılan konuşma ve tartışmaların alenen yapıldığını kabul etmemektedir. Ayrıca aleniyetin sadece mutlak bilinmeyi ve görülmeyi değil, bilinebilmeyi ve görülebilmeyi de kapsamına aldığını vurgulamaktadır[407].

Yargıtayın kararlarında somut olayın koşullarına göre doktrindeki aleniyet ile ilgili açıklamaları dikkate aldığı söylenebilir. Yargıtayın, aleniyetin söz konusu olabilmesi için hareketin belirlenemeyen sayıda kişi veya herkes tarafından görülme, duyulma olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesini kararlarında aradığı görülmektedir[408].

Açıklanan görüşler çerçevesinde, aleniyet konusunda bir tanım verilmekten ziyade, somut olayın niteliğine göre aleniyetin varlığının tespiti daha uygun

---

405 Gölcüklü, "Ahaliyi …", s. 382.

406 Çağlayan, **Notlu ve İçtihatlı …,** s. 1063.

407 Malkoç, **Açıklamalı …,** s. 3590.

408 Y 18. CD, 21.3.2018, 2016/4607 E, 2018/4215 K; Y 18. CD, 13.3.2018, 2016/6422 E, 2018/3492 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018); YCGK bir kararında aleniyeti şu şekilde ifade etmiştir: "Aleniyet deyim ve kavramı, suçun, herhangi bir kimsenin görüp işitebileceği bir yerde işlenmesini ifade eder. Aleniyet kavramı, ayrıca, yukarıda açıklanan anlamda ve fakat değişik bir tarzda suçun umumi veya umuma açık bir yerde işlenmesi şeklinde de ifade edilmiştir... Aleniyet deyim ve kavramı daha kısaca suçun, herkesin görebileceği yerde işlenmesi anlamında kabul edilmiştir… Yargıtay da bir içtihadında aleniyetin fiilin umumi bir yerde ve birkaç kişinin işitebileceği surette işlenmesi niteliğinde olduğunu kabul eylemiştir (Y 1. CD, 14.10.1955, 2861 E, 1897 K). Buradaki 'birkaç kişiden' maksat 'bir veya birden fazla kişidir'. Gerçekte aleniyet unsurunu meydana getiren, umumi yerde, sanıktan başka bir veya birkaç kişinin bulunması değil ve fakat bir veya birden fazla kimsenin umumi yerde işlenen fiili görüp işitebilmesidir. Bu itibarla aleniyet için bir kimsenin umumi yerde bulunması şart olmayıp işlenen suçu görüp işitebilmesi ihtimali yeterli sayılır... Başka deyimle, aleniyet, suçun göz önünde işlenmesi anlamını kapsamayıp, işlendiği yerin umumi bir yer olması ve görülebilmek imkânına sahip bulunması demektir." YCGK, 5.12.1966, 1966/276 E, 1966/456 K (Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. II**, s. 176, 177); "Yargıtay uygulamasında aleniyet, 'herkesin veya birçok kimsenin duyup görmesiyle değil, duyup görebilmek mümkün ve muhtemel olan yerlerde fiilin işlenmesi' olarak kabul edilmektedir.", YCGK, 29.4.2008, 2007/8-244 E, 2008/92 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6086).

olacaktır. Bu tespit için birtakım hususların değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Aleniyetin tespitinde değerlendirilmesi gerekli olan hususlar; "hareketin yapıldığı yer", "hareketin algılanabilme imkânı" ve "hareketin kapalı bir topluluk içerisinde gerçekleştirilmesi" başlıkları altında toplanabilir[409].

2.2.3.3.4.2. Hareketin Yapıldığı Yer

Aleniyetin tespiti, doktrinde görüş ayrılıklarına yol açan bir sorundur. Görüş ayrılıkları özellikle hareketin yapıldığı yer konusunda daha çok kendini gösterebilmektedir[410]. Türk hukukunda, Fransız Yargıtay ve doktrinin görüşlerinin etkisinde kalınarak hareketin yapıldığı yerin herkese açık olup olmamasına göre aleniyetin varlığının tartışıldığı görülmektedir[411].

Bir görüşe göre, nitelikleri gereği herkesin hiçbir kayıt ve şarta gerek olmaksızın serbestçe ve istediği zaman girebileceği[412] yollar, gar, terminal, meydanlar, parklar, gezinti yerleri gibi herkese açık yerlerde yapılan hareketler, başkaları tarafından görülmüş olsun veya olmasın, hareket ister gece isterse gündüz yapılsın aleniyet gerçekleşecektir. Başka bir ifadeyle fiilin sadece herkese açık yerlerde gerçekleştirilmesi aleniyetin varlığı için yeterlidir[413]. Yargıtayın bu yönde kararlarına rastlamak da mümkündür[414]. Ancak bu görüşe karşılık birçok yazar fiilin gerçekleştirildiği yerin herkese açık yer olmasının mutlak olarak aleniyetin varlığını göstermeyeceğini savunmaktadır[415]. Yargıtay, genel olarak, fiilin herkese açık olan

---

409 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 146, 147; Önder, **Türk Ceza …**, s. 516.

410 *Önder*'e göre aleniyet konusunda doktrindeki görüş ayrılıkları esas itibariyle herkese açık yerlere yönelik olmaktadır. Bir görüş, fiilin işlendiği yerin herkese açık olması hâlinde aleniyeti mutlak olarak kabul etmekte iken diğer görüş üçüncü şahıslar tarafından fiilin algılanabilme imkânının mevcut bulunmasını her durumda aramaktadır. Buna karşın herkese açık olmayan yerlere ilişkin görüşler ise aynı sonuçta birleşmektedir. Önder, **Türk Ceza …**, s. 518.

411 Dönmezer, **Matbuat Suçları**, s. 29; Önder, **Türk Ceza …**, s. 517; Yarsuvat, **Toplantı ve Gösteri …**, s. 162; Kıyak, "Ceza Kanunu …", s. 195; Senkeri, **Anayasal …**, s. 213; Arıkan, "Hakaret Suçlarında …", s. 4.

412 "Hakaret eyleminin gerçekleştiği yerin herkesin girip çıktığı aleni yerlerden olup olmadığı araştırılarak… aleniyet unsurunun oluşup oluşmadığı… araştırılıp… hüküm kurulması", Y 18. CD, 15.6.2017, 2015/34444 E, 2017/7936 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

413 Sulhi Dönmezer, **Ceza Hukuku Hususi Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 3. Bası, İÜHFY, İstanbul 1961, s. 129, 130; Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4351.

414 "Hakaret eyleminin sokakta gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında, aleniyet unsurunun oluştuğu", Y 18. CD, 5.12.2017, 2015/43917 E, 2017/14349 K; "… hakaret eylemini aleni sayılan otobüs terminalinde işlemesine rağmen", Y 18. CD, 17.4.2017, 2015/21771 E, 2017/4270 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

415 Önder, **Türk Ceza …**, s. 376, 517; Mehmet Emin Artuk, "Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku", Prof. Dr. Yılmaz Günal'a Armağan, **AÜSBFD**, C. 49, S. 3-4, s. 41; Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 151;

yerlerde işlenmesi hâlinde dahi belirlenemeyen sayıda kişi veya herkes tarafından görülme, duyulma veya algılanabilme olasılığını aramaktadır[416].

Fiil; okul[417], hastane[418], adliye[419], ibadethane, alışveriş merkezi, sinema, tiyatro gibi herkese açık olan yerlerde gerçekleştirilirse alenilik kazanabilecektir. Bu tür yerlere, belirli zaman aralıklarında ya da ücret gibi belli şartların yerine getirilmesi suretiyle giriş imkânı elde edilebiliyor olması, aleniyetin kabulünü veya reddini doğrudan etkilemeyecektir. Burada önemli olan herkesin fiilin gerçekleştirildiği alana (yer, bölüm, mahal veya noktaya) serbestçe girebilme imkânının bulunup bulunmaması[420], dolayısıyla herkesin fiili duyabilme, görebilme veya algılayabilme imkânına sahip olup olmamasıdır. Bu ise hâl ve şartlara göre tespit edilmelidir[421].

Senkeri, **Anayasal …**, s. 22; Arıkan, "Hakaret Suçlarında …", s. 5; Kıyak, "Suç İşlemeye …", s. 919.

416 Y 18. CD, 4.4.2018, 2015/30278 E, 2018/5063 K; Y 18. CD, 21.2.2018, 2016/4378 E, 2018/2268 K; "Sanığın 'Facebook' isimli sosyal paylaşım sitesinde bulunan… eyleminde, aleniyet unsurunun ne şekilde oluştuğu, sanığın paylaşımlarının herkes tarafından görülüp görülemeyeceği açıklanıp tartışılmadan", Y 18. CD, 26.2.2018, 2016/4046 E, 2018/2513 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018).

417 "Sanığın hakaret suçunu aleni yerlerden sayılan okul koridorunda işlemesi nedeniyle", Y 4. CD, 27.3.2014, 2013/1773 E, 2014/9702 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

418 "Sanığın, katılana aleni yer sayılan sağlık ocağı koridorunda hakaret ettiğinin anlaşılması karşısında… aleniyet unsurunun mevcut olduğu", Y 2. CD, 21.1.2014, 2011/39127 E, 2014/1217 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

419 "Aleni yerlerden mahkeme kalemi ile… adliye koridoruna çıkarken… suçunu işleyen sanığın cezasında… artırım yapılması gerektiği", Y 2. CD, 13.2.2012, 2012/37966 E, 2012/2776 K (Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 2091).

420 "Suçun, herkesin girip çıkabileceği yerlerden olmayan öğretmenler odasında işlendiğinin anlaşılması karşısında, aleniyet unsurunun gerçekleşmediği", Y 18. CD, 27.3.2018, 2018/733 E, 2018/4316 K; "Ceza infaz kurumu içerisinde gerçekleştirildiği kabul edilen hakaret eyleminde aleniyet unsurunun oluşmadığı", Y 18. CD, 19.3.2018, 2016/5629 E, 2018/3889 K; "Sanığın eylemini, muayene odasında işlemesi karşısında, aleniyet unsurunun gerçekleşmediği", Y 18. CD, 13.2.2018, 2016/3043 E, 2018/1612 K; "Sanığın eylemini müdür odasında gerçekleştirmesi karşısında, aleniyet unsurunun gerçekleşmediği", Y 18. CD, 5.2.2018, 2016/2611 E, 2018/1031 K; "apartman boşluğunda, aleniyet unsurunun gerçekleşmeyeceği", Y 2. CD, 14.1.2013, 2011/20834 E, 2013/24 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

421 Dönmezer, **Ceza Hukuku …**, s. 130; Artuk, "Cinsel Taciz …", s. 40, 41; Önder, **Türk Ceza …**, s. 518; Öğel, "Askerleri Askerlik Vazifeleri …", s. 249; "… hakaret eyleminin otobüs içinde gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi karşısında, aleniyet öğesinin ne şekilde oluştuğu açıklanmadan", Y 18. CD, 7.4.2016, 2015/16945 E, 2016/7170 K; "Sanığın hakaret suçunu işlediği yerin, herkese açık olan karakolun girişi ya da salonu mu yoksa sorgu ya da amir odası mı olduğunun araştırılması", Y 4. CD, 30.3.2010, 2008/9037 E, 2010/5667 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018).

Mağaza[422] ve dükkân[423] gibi herkesin her zaman serbestçe girip çıkamadığı ve geçici olarak herkese açık olan yerlerde işlenen fiillerde aleniyetin varlığı hareketlerin herkes tarafından duyulabilme, görülebilme veya algılayabilme imkânının mevcut olmasına bağlıdır. Örneğin bir dükkân kapısının kimsenin içeri giremeyeceği ve içerinin görülemeyeceği şekilde tedbir alınarak kapatılması durumunda işlenen fiiller aleni değildir[424]. Çünkü dükkân içinde gerçekleştirilen fiillerin oradan geçen kimselerce görülebilme imkânı tedbirlerle kaldırılmıştır[425].

Herkese açık olan yerlere komşu yerlerde gerçekleştirilen fiillerin başkaları tarafından özel gayret sarf edilmeden görülme, duyulma veya algılanabilme ihtimali var ise aleniyet söz konusudur[426]. Otomobillerdeki fiillerin aleni olup olmadığı da bu duruma göre belirlenebilir[427]. Burada, fiilin gece veya gündüz işlenmesi veyahut fiilin duyulmasını veya görülmesini engelleyecek unsurların bulunup bulunmaması aleniyetin varlığını etkileyecektir. Ancak üçüncü kişilerin özel gayretleriyle fiili duyması veya görmesi aleniyetin varlığını göstermez[428].

Herkesin duyabilme veya görebilme imkânının bulunmadığı, herkese açık olmayan yerlerde gerçekleştirilen fiillerde alenilik söz konusu değildir[429]. Ancak bu yerlerdeki fiillerin başkaları tarafından duyulmasını veya görülmesini sağlayacak

---

422 "Sövme eyleminin herkese açık olan mağazada meydana gelmiş olup aleniyet öğesi gerçekleşmiş bulunduğu", Y 4. CD, 1.11.2007, 2006/4781 E, 2007/8616 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

423 "Hakaret eylemlerinin herkese açık gıda dükkânında gerçekleşmesi nedeniyle, aleniyet öğesinin oluşması", Y 4. CD, 16.12.2008, 2008/17487 E, 2008/22043 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

424 "Sanığın eylemini olay günü kapalı durumda olan çay ocağında işlediği… aleniyet unsurunun oluşmadığı", Y 18. CD, 7.5.2018, 2016/10285 E, 2018/6877 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018).

425 Erman, **Hakaret …**, s. 208; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 180.

426 Dönmezer, **Ceza Hukuku ...**, s. 134; Artuk, "Cinsel Taciz …", s. 40, 41; Kıyak, "Ceza Kanunu …", s. 196; Erman, **Hakaret …**, s. 297, 298; Önder, **Türk Ceza …**, s. 417; "… evlerinin balkonunda bulunan sanıkların sokakta bulunan katılanlara sövmeleri olayında, aleniyet unsurunun gerçekleştiği", Y 2. CD, 1.2.2007, 2006/7426 E, 2007/1337 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

427 Dönmezer, **Ceza Hukuku …**, s. 130, 131; "Sanık… herkes tarafından görülmeye elverişli yol ayrımında park ettiği aracın içerisinde… gerçekleştirdiği… eylemlerinde aleniyet unsurunun oluştuğu gözetilmeden… aracın yerleşim yeri dışında olması nedeniyle aleniyet unsurun oluşmadığı gerekçesiyle", Y 14 CD, 8.5.2013, 2012/9596 E, 2013/5590 K; "Hakaret suçunun sanığın sevk ve idaresindeki özel otoda işlendiği anlaşılmasına göre aleniyet unsurunun gerçekleşmediği", Y 8. CD, 3.6.2010, 2010/4088 E, 2010/7978 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

428 Dönmezer, **Ceza Hukuku …**, s. 134; Önder, **Türk Ceza …**, s. 521; Senkeri, **Anayasal …**, s. 223.

429 "… sözlerini 'evinde' söylemesi nedeniyle, aleniyet unsurunun gerçekleşmediği", Y 18. CD, 28.2.2018, 2016/6048 E, 2018/2813 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018).

tutum ve tavırlar sergilenmesi aleniyetin oluşumuna yol açabilir[430]. Böyle bir durum olmamasına rağmen üçüncü şahıslar fiili yine de duymuşlarsa veya görmüşlerse aleniyet yoktur[431].

Açıklamalar çerçevesinde; aleniyetin varlığı, hareketin yapıldığı yerin herkese açık yer olup olmamasına bağlı değildir. Herkese açık olmayan yer de aleniyetin gerçekleşmesine uygun olabilir. Başka deyişle hareketin yapıldığı yerin herkese açık olup olmaması aleniyetin kabulü bakımından belirleyici değildir. Önemli olan fiilin işlendiği yerin herkes tarafından duyulabilir, görülebilir, fark edilebilir veya algılanabilir nitelikte bir yer olmasıdır. Öyleyse fiilin salt herkese açık olan bir yerde gerçekleştirilmesi aleniyetin varlığı için yeterli değildir. Herkese açık olan bir yerde fiil gerçekleştirilmiş olsa dahi aleniyetin tespiti bakımından; mevsim, vaktin gece veya gündüz olması, fiilin işlendiği alan, bölüm veya nokta, fiilin fark edilmemesi için alınan tedbirler gibi hususların değerlendirilmesi gerekir.

2.2.3.3.4.3. Hareketin Algılanabilme İmkânı

Algılanabilme imkânından söz edebilmek için her şeyden önce fiilin işlenişine iştirak etmeksizin o esnada orada hazır bulunan kişilerin, fiili kavrayabilecek, anlayabilecek duruma sahip olmaları gerekir. Örneğin tahrik içeren sözlerin söylendiği sırada orada hazır bulunan kişilerin hepsinin tesadüfen sağır olması durumunda söylenenleri algılayabilme imkânları söz konusu olmayacaktır. Yine hazır bulunan kişilerin söylenen sözün ne manaya geldiğini kavrayabilecek bilince sahip olamayacak yaşta çocuklar olması da algılama imkânlarını engelleyecektir. Keza tahrikin yabancı dille yapılması hâlinde bu dili bilmeyen kişiler söylenen sözleri duymakla birlikte sarf edilen sözlerin ne manaya geldiğini çıkaramadıklarından bahsettiğimiz anlamda algılayabilme imkânları da bulunmayacaktır[432].

---

[430] "Mağdurun ikamet ettiği apartmanın alt katında bulunan garajın içinde meydana gelen olayda… aleniyet unsurunun ne şekilde gerçekleştiği araştırılmadan", Y 3. CD, 24.9.2012, 2010/16951 E, 2012/31044 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[431] Dönmezer, **Ceza Hukuku …**, s. 135, 136; Kıyak, "Ceza Kanunu …", s. 196; Senkeri, **Anayasal …**, s. 223.

[432] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 156.

Algılanabilme imkânı soyut veya somut olmak üzere iki şekilde olabilir. Bu imkân soyut olarak kabul edilirse bir veya birden çok kişinin olay yerinde bulunması gerekli değildir, hareketlerin yapıldığı yer ve zamanda bir veya birden çok kişinin orada bulunma imkânı veya olasılığı dahi aleniyetin kabulü için yeterli olacaktır. Soyut imkân aramanın aleniyetin kapsamını genişleteceği belirtilerek eleştirilmiş ve denilmiştir ki, somut bir olayda, fiilin icra edildiği anda algılanabilme imkânı ya mevcuttur ya da değildir[433]. Algılanabilme imkânını somut olarak değerlendiren ikinci fikre göre, fiilin işlendiği anda başka kişilerin fiilleri algılayabilecek alan içerisinde bulunmaları durumunda algılanabilme imkânı mevcuttur. Ancak hâli hazırda olay yerinde bulananların dikkatsizlikleri veya dalgınlıkları yahut başka sebepler ile hareketleri algılayamamış bulunmaları, bu kişilerin algılayabilme imkânına sahip olmadıklarını göstermez[434].

Hareketin algılanabilme imkânı ölçütü bakımından başka görüş ayrılıkları da söz konusudur. Bu görüş ayrılıklarının bir bölümü, fiilin alenen işlendiğinin kabulü için hareketin gerçekten algılanmış olmasının gerekip gerekmediği sadece algılanabilme imkânının bulunmasının yeterli olup olmadığı noktasında, bir bölümü ise bunun için gerekli olan kişi sayısı üzerinde toplanmaktadır[435].

Bu görüşlerden ilkine göre, aleniyetin kabul edilmesi için fiilin birden fazla kişi tarafından algılanabilir olması ve en az bir kişi tarafından gerçekten algılanmış olması şarttır[436]. Bu görüş, failin cezalandırılmasını tamamen tesadüfe bağlayacağı ve ayrıca hareketi gerçekten görmüş olan üçüncü şahsın, şahitlik yaparken olayı hatırlayamaması veya olay hakkında açıklama yapmaktan kaçınması yahut olaya sübjektif bakış açısını katması gibi ispat güçlüklerine sebebiyet verebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Fiilin, en az bir kişi tarafından algılanmasını gerekli

---

433 Akt. Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 155-157.

434 Önder, **Türk Ceza …**, s. 519, 520.

435 Hareketlerin "algılanması" ile "algılanabilme imkânının varlığı" suç genel teorisi bakımından da farklı sonuçlara yol açar. Hareketlerin algılanabilme imkânı ile yetinildiği takdirde aleniyet bir unsurdur. Buna karşın fiilin en az bir kişi tarafından algılanması aranmış ise bu durumda aleniyet bir cezalandırma şartı olacaktır. Önder, **Türk Ceza …**, s. 519.

436 Bu koşul, Amerikan, İngiliz, Portekiz, İtalyan hukukunda aranmaktadır. Ayrıca Anglosakson hukuk çevresinde tahrik hareketinin bir kişi tarafından algılanmaması hâlinde fiilin teşebbüs derecesinde kaldığı kabul edilmektedir. Önder, **Türk Ceza …**, s. 378. Alman doktrin ve uygulamasında önceleri kabul gören görüştür. Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 152, 155.

gören anlayış daha sonraları terk edilmiş ve hareketin algılanabilme imkânı aleniyetin varlığı için yeterli sayılmıştır.

İkinci görüşe göre, fail, fiilini belirsiz sayıda kişilere karşı veya dar bir çevrede ancak fiilinin alenilik kazanabileceğini öngörerek gerçekleştirmekte ise aleniyet oluşmuştur[437]. Bu takdirde aleniyetin tespiti için kişinin fiili gerçekleştirdiği sırada alenilik hususunu hesaba katıp katmadığı incelenmelidir. Şayet kişi, bu fiilin çok sayıda insan tarafından algılanacağı hususunda bir beklenti içindeyse veya bunu göze almışsa aleniyetin varlığını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda mektupla yapılan iletişimde aleniyet, failin mektubu yazma amacına göre tespit edilecektir[438]. İki kişi arasındaki özel ilişkiden kaynaklı mektuplaşmada, mektup içeriğine başkalarının vakıf olması beklenmiyorsa aleniyet söz konusu olmayacaktır. Eğer önceden gönderilen mektubun birden ziyade kimse tarafından görüleceği, okunacağı veya inceleneceği öngörülüyorsa aleniyet gerçekleşecektir[439]. Aleniyetin kapsamını ölçüsüz bir şekilde genişleteceği gerekçesiyle bu düşünceye itiraz edilmiştir. Failin, fiili münhasıran bir veya birkaç kişiye karşı işlemiş ve bunun açıklama veya başka bir şekilde aleniyete intikal edeceğini hesaplamış olsa dahi aleniyetin oluşmayacağı savunulmuştur[440].

Üçüncü görüşe göre, aleniyetin varlığı için olay mahallinin şartları itibariyle fiil, ferden belirsiz kişilerce algılanmış olmalı veya algılanabilme imkânına sahip bulunmalıdır[441]. Bu bakımdan fiilin gerçekleştirildiği esnada, mahallin koşullarına göre bir insan topluluğunun orada hazır bulunma imkânının olması yeterlidir. Ayrıca kişinin topluluğun orada bulunmasını önleme imkânı olmamalıdır. Bu görüş, aleniyetin varlığını çok sınırlayacağından bahisle eleştirilmiş ve hareketin herhangi

---

437 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 153, 154; Gölcüklü, "Ahaliyi …", s. 382.

438 "Sanığın Cezaevi İdaresine Adalet Bakanlığına gönderilmek üzere dilekçeyi vermesi ile suçun aleniyet unsurunun gerçekleştiği", Y 8. CD, 3.6.2010, 2008/12749 E, 2010/8007 K; "Sanığın eylemini, icra müdürlüğüne verdiği dilekçeyle işlemesi karşısında, aleniyet unsurunun olayda gerçekleşmediği", Y 18. CD, 12.10.2017, 2015/41506 E, 2017/10865 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018).

439 Senkeri, **Anayasal …**, s. 220; "Sanığın Cumhurbaşkanlığı makamına yazıp postayla gönderdiği mektup… Cumhurbaşkanlığı makamına gönderilmesi ve oradaki görevli birçok kişi tarafından okunması nedeniyle aleniyet unsurunun da gerçekleştiğinin", Y 8. CD, 17.10.2001, 2001/12263 E, 2001/14853 K (Meran, **Sulh Ceza …**, s. 579).

440 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 154.

441 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 153; Önder, **Türk Ceza …**, s. 376, 377.

bir kişi tarafından algılanabilir olmasının aleniyetin varlığı için yeterli sayılması gerektiği belirtilmiştir.

Dördüncü görüşe göre, ise aleniyetin gerçekleşmesi için fiilin tesadüfen ortaya çıkan bir kişi tarafından algılanabilecek şekilde işlenmesi yeterlidir. Bunun için fiilin gerçekten algılanması şart olmayıp algılanabilme imkânı yeterlidir[442]. Öyleyse fiilin işlenmesine iştirak etmeyen kişi veya kişiler fiilleri fark etme imkânlarına sahip bulundukları anda ve dikkatlerini olaya verdikleri takdirde işlenen fiili algılayabileceklerse aleniyet mevcuttur[443].

Belirtilen görüşlerden sonra hareketin algılanabilme imkânı bakımından düşüncemize gelince; öncelikle aleniyetin varlığı için hareketin gerçekten algılanması şart değildir. Hâli hazırda olay yerinde olan kimselerin hareketi algılayabilme imkânına sahip bulunmaları yeterlidir. Üçüncü kişiler dikkatlerini olay yerine verdikleri takdirde gerçekleştirilen hareketi algılayabiliyorlarsa aleniyet mevcuttur. Fiilin işlendiği yer ve zaman itibariyle orada bulunan kişiler, dikkatsiz davranarak fiili algılayamamışlarsa bu durum algılanabilme imkânının olmadığını göstermez. Burada dikkatten kasıt, üçüncü kişilerin özel gayret sarf ederek hareketleri algılayabilme imkânına kavuşmaları değil, doğal olarak algılayabilme imkânına sahip bulunmalarıdır. Fiili üçüncü kişilerin kendi özel gayretleri ile algılamaları hâlinde aleniyet söz konusu değildir. Buna karşın fiilin gerçekleştirildiği yer doğal hâliyle fark edilmeye uygun bir yer değilken fail bazı hareketleri ile fark edilir bir duruma getirerek algılanabilme imkânı yaratmış ise aleniyet gerçekleşir. İkinci olarak, kalabalık bir topluluğun fiili algılaması veya algılayabilme imkânına sahip bulunması gerekli değildir. Ferden belirsiz tek kişinin dahi fiili algılayabilme imkânına sahip bulunması aleniyetin varlığını mümkün kılar.

---

[442] Önder, **Türk Ceza …**, s. 376, 378, 519; Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 155; Artuk, "Cinsel Taciz …", s. 41; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6069, 6070; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Mustafa Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, İzmir 2013, s. 480.

[443] Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 180; Önder, **Türk Ceza …**, s. 519-522; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 453. İsviçre doktrininde de hâkim olan görüştür. Akt. Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 152, 153.

2.2.3.3.4.4. Hareketin Kapalı Bir Topluluk İçerisinde Gerçekleştirilmesi

Kapalı bir topluluk içinde gerçekleştirilen fiillerde aleniliğin tespiti, toplanılan yerin veya toplantıya iştirak edenlerin sayısı yahut toplantının konusu veya gayesine göre farklılık gösterecektir. Aile içinde, birlikte ikamet edenler arasında veya birbirine itimatla bağlı olanlar ile yakın ilişki içindekiler huzurunda yapılan hareketlerde aleniyetin bulunmadığını kabul etmek gerekir[444]. Yakın aile bireylerinden ya da yakın arkadaşlardan oluşan dar topluluklar (kapalı topluluklar) içinde gerçekleşen fiiller de aleni olmayacaktır. Hareketi gerçekleştiren ile algılayabilme imkânına sahip kişiler arasında meslekten doğan bağın yanında sıkı şahsi ilişkinin bulunması hâlinde aleniyetten bahsedilemeyecektir[445].

Herkese açık olan bir toplantıda gerçekleştirilen fiiller, davetlilerin sayısı ne olursa olsun, bu kimseler belli olsa dahi belirtilen yerde hazır bulunmayanlar veya her an içeriye girebilecek kişiler tarafından algılanabileceğinden aleniyet şartının gerçekleşmesine vücut verebilecektir. Katılanların sayısı da toplantıya umumi nitelik kazandırabilir ki bu durum fiili aleni hâle getirebilecektir[446]. Toplantının gaye veya konusu toplantıya alenilik niteliği verebilir. Bu takdirde toplantı umumi hâle gelebileceği gibi fiiller de aleniyet kazanabilir. Burada gaye, toplantı yapanın maksadı (örneğin propaganda faaliyeti); konu ise tartışılan, müzakere edilen şeydir[447].

Bir işyerinde çalışan kişiler arasında arkadaşlığa ve güvene dayalı sıkı şahsi ilişkilerin bulunması hâlinde, bu kişiler içinde gerçekleştirilen fiiller aleni değildir. Çünkü bu tarz bir ilişkinin mevcudiyeti, topluluğun dışarıya kapalı ve dar bir yapıya sahip olmasını gerekli kılar. Buradaki kişiler arasındaki sıkı şahsi ilişkinin eskiden beri süregelen bir ilişki olmasına ihtiyaç yoktur.

Sürekli ve fiili bir birliktelik, aleniyetin varlığını tayinde başka bir belirleyici etkendir. Örneğin bir anonim şirketin genel kurulunda tahrik ifade eden sözlerin sarf

---

[444] Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 158-163; Önder, **Türk Ceza …**, s. 376; Malkoç, **Açıklamalı …,** s. 3590.

[445] İsviçre doktrin ve uygulamasında, hareket, belli özellikleri olan kişilerin katıldığı toplantıda yapılmışsa aleniyetin gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Akt. Gökcen, **Halkı Kin …,** s. 158-160.

[446] Öğel, "Askerleri Askerlik Vazifeleri …", s. 250.

[447] Öğel, "Askerleri Askerlik Vazifeleri …", s. 250.

edilmiş olması hâlinde, aleniyetin varlığı kabul edilir. Çünkü bir anonim şirketin ortakları arasında sürekli ve fiili bir birliktelik hâli söz konusu değildir. Dolayısıyla bu genel kurul kapalı bir topluluk oluşturmaz. Bir aile şirketi veya ortakları arasında sıkı kişisel ilişkinin bulunduğu bir şirket bundan müstesnadır. Bunun gibi biletle girilen bir yerde gerçekleştirilen fiillerde, her ne kadar orada sınırlı sayıda kişi bulunsa da (ki bu hâl kapalı bir topluluğun göstergesi değildir) biletliler veya davetliler arasında sıkı bir şahsi ilişki söz konusu değilse aleniyet mevcuttur[448]. Benzer biçimde, davetiye ile girilen bir yerde davetliler arasında her zaman için sıkı bir şahsi ilişkinin bulunması söz konusu olamayacağından, bu tür durumlarda aleniyetin varlığını baştan reddetme hatalı olabilecektir. Şöyle ki fiili gerçekleştiren kişi veya kişiler ile davetliler arasında sıkı bir şahsi ilişki mevcut ise aleniyet gerçekleşecektir.

Yargıtay kapalı mekânlarda yapılan hareketleri, buradakilerin sayısını gözetmeksizin aleni kabul etmemiştir. Örneğin kat malikleri toplantısının yapıldığı yerde[449], kooperatif odasında[450], site yönetim odasında[451], evin içinde[452] yapılan hakaretleri aleni saymamıştır.

Bu açıklamalarla kapalı bir toplulukta aleniyetin tespiti için her somut olayın durumuna göre zikredilen hususların irdelenmesi gerektiği kanısındayız. Olayların çeşitliliği nedeni ile kapalı topluluklarda herkes tarafından kabul edilebilecek genel bir kuralın uygulanması mümkün görünmemektedir.

2.2.3.3.4.5. Aleniyetin Hukuki Niteliği

TCK m. 216/1'de yer alan aleniyetin hukuki niteliği tartışmalıdır. Açık bir ifadeyle aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı mı yoksa suçun unsuru mu olduğu hususunda tartışma söz konusudur[453]. Aleniyet unsur sayıldığında; hitabet kabiliyetini geliştirmek isteyen birinin, herkese açık bir yerde, o anda orada hiç kimse olmadığını düşünerek tahrik edici birtakım sözler sarf etmesi, ancak orada bazı

[448] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 160-162.
[449] Y 18. CD, 5.6.2017, 2015/33181 E, 2017/7063 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).
[450] Y 2. CD, 30.1.2013, 2011/21398 E, 2013/1551 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).
[451] Y 18. CD, 5.6.2017, 2015/35315 E, 2017/7045 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).
[452] Y 18. CD, 28.2.2018, 2016/6048 E, 2018/2813 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018).
[453] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 194, 195. Objektif cezalandırılabilme şartı ve unsur arasındaki farklılıklar konusunda "Kamu Güvenliği Açısından Açık ve Yakın Tehlike" başlığına bkz.

kimselerin bulunması hâlinde suç teşkil etmeyecek; cezalandırma şartı sayıldığında ise suç teşkil edecektir[454].

Aleniyetin cezalandırılabilme şartı olduğunu savunanlar, bu suçtaki aleniliği sosyal düzensizliğin gerçek bir tehlikesi olarak görmekte, yasa koyucunun eylemin aleni biçimde işlenmesi hâlini, eylemi sosyal bakımdan cezalandırılabilir bir eylem olarak nitelediğini belirtmektedirler[455]. Bu görüşe göre, TCK m. 216/1'de aleniyet unsuru gerçekleşse bile tahrik içeren hareketler kamu güvenliği için açık ve yakın tehlike meydana getirmedikçe fail cezalandırılmayacaktır. Aleniyet gerçekleşmemiş ise suç zaten hiç oluşmayacağından, aleniyet cezalandırılabilme şartıdır[456]. Bu durumda failin kastının bu şarta yönelmiş olup olmadığını araştırmaya hukuken gerek kalmayacaktır[457].

Aleniyetin cezalandırılabilme şartı olduğu görüşüne karşı unsur olduğu savunulmuştur. Aleniyetin unsur olarak kabulü hâlinde, failin bunu bilmesi ve kastının aleniyeti kapsaması gerekir. Başka bir ifadeyle suçun oluşması için fail, fiili aleni olarak işlediğini bilmeli ve bu sonucu istemiş olmalıdır. Bu görüşe göre, aleniyet suçun unsurlarından maddi unsura dâhil olan hareketin niteliklerindendir. Bu itibarla tahrik teşkil eden hareket alenen yapılmamışsa maddede belirtilen tarzda bir hareket bulunmadığından suç meydana gelmeyecektir[458].

İfade edilen hususlarla birlikte maddenin yazılış biçimi nazara alındığında, TCK m. 216/1'de aleniyetin cezalandırılabilme şartı değil, unsur niteliği taşıdığı fikrindeyiz. Gerçekten suçun somut tehlike suçu olma özelliği ve korunan hukuki menfaat gözetildiğinde, kin ve düşmanlığa tahrikin suç olabilmesi için yalnızca tahrik içeren hareketin gerçekleştirilmesi yeterli olmamakta, ayrıca belirtilen hareketin kamuya, belirsiz kişilere aktarılması (alenen yapılması) ve failin iradesinin de buna yönelik olması gerekmektedir.

---

454 Soyaslan, **Ceza Hukuku …,** s. 526.

455 Cihan, "Yasalara İtaatsizliğe …", s. 173, 174; Erem, Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 225, 226.

456 Akkaş, "İfade Hürriyeti …", s. 99.

457 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …,** s. 180; Soyaslan, **Ceza Hukuku …,** s. 526; Cihan, "Yasalara İtaatsizliğe …", s. 174.

458 Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 109; Önder, **Türk Ceza …**, s. 375, 519; Artuk, "Cinsel Taciz …", s. 40; Özek, **Siyasi İktidar**, s. 332, 333; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …,** s. 180, 181; Soyaslan, **Ceza Hukuku …,** s. 520, 521; Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 196; Kıyak, "Suç İşlemeye …", s. 917.

2.2.3.3.4.6. Aleniyet ve İhtilat

İhtilat kavramına, TCK'nın "Şerefe Karşı Suçlar"ın düzenlendiği sekizinci bölümün 125 ve 130. maddelerinde "Hakaret" ve "Kişinin hatırasına hakaret" suçlarında yer verilmiştir. Her iki suçta da ihtilatın varlığı, fiilin mağdurun gıyabında, en az üç kişinin duyup bilgi edineceği tarzda işlenmesine bağlı tutulmuştur. Belirtilen asgari sayıdaki kişilerin bir arada bulunmalarına ve fiili aynı anda algılamalarına gerek yoktur[459]. Bu anlamda mağdura isnat edilen fiil, bir başka kişinin de haberdar olması kastıyla tek bir kişiye aktarılıyorsa ve o kişi de fiili aynen veya hiç olmazsa benzer biçimde üçüncü kişilere aktarmış ise ihtilat gerçekleşmiş olur. Şayet fail, mağdura isnat edilen fiili bir kişiye aktarırken başkalarının da bilgi edinmesine yönelik bir kasta sahip değilse ihtilat unsuru gerçekleşmiş olmaz. Ayrıca ihtilat edilen kişiler fiil yeteneğine sahip bulunmalıdırlar[460].

Aleniyet ile ihtilat birbirinden farklı kavramlardır[461]. Aleniyet soyut; ihtilat ise somut bir kavramdır. Aleniyette fiilin başkaları tarafından görülmesi veya duyulması şart olmayıp görülebilmesi veya duyulabilmesi yeterli iken ihtilatta, fiilin bilgi edinilecek şartlar içinde işlenmesi ve aynı zamanda en az üç kişi tarafından görülmesi veya duyulması gereklidir. Kısaca aleniyet, algılanmayı değil, algılanabilmeyi kapsamına alırken ihtilat, fiilin en az üç kişi tarafından öğrenilmesini içerir. İhtilat, ancak mağdurun gıyabında gerçekleşebilir. Kamuyu değil, en az üç kişiyi hedefine alır[462].

---

459 Arıkan, "Hakaret Suçlarında …", s. 7; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik …**, s. 469, 470.

460 Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik …**, s. 470, 471; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 439, 440; Erman, **Hakaret …**, s. 98.

461 "Aleniyet ile ihtilatı birbirine karıştırmamak lazımdır. İhtilat (duyurma) 480 ve 482 nci maddelere göre tahkir ve sövme suçlarının ikiden fazla kişice duyulup bilgi edinilecek şekilde işlenmesidir... Şu hâle göre ihtilatın niteliği fiilin başkaları tarafından duyulup bilgi edinilecek şartlar içinde işlenmesidir. Aleniyette ise esas olan şey başkaları tarafından görülüp işitilebilecek surette işlenmesidir. İhtilat unsurunda hedef saldırıların kişilerce duyulması ve bilgi edinilmesi olduğu hâlde aleniyette, fiilin başkaları tarafından sadece görülüp işitilebilmesidir. Buna göre ihtilat unsurunun gerçekleşmesi için tahkir veya sövmenin kişilerce duyulması ve bilgi edinilmesi gerekli olduğu hâlde aleniyette umumi bir yerde işlenen fiilin başkaları tarafından görülüp işitilmesi şart olmayıp görülüp işitilebilir olması yeter sayılır. İhtilat unsuru türlü şekillerde birkaç kişinin önünde veya 'yazılı' meydana gelebilir. … Bu sebeplerle aleniyet ve ihtilat hedefleri, nitelikleri, şartları ve şekilleri bakımından birbirinden tamamen ayrı kavramlardır.", YCGK, 5.12.1966, 1966/276E, 1996/456 K (Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. II**, s. 176).

462 Erman, **Hakaret …**, s. 91; Arıkan, "Hakaret Suçlarında …", s. 7; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik …**, s. 470, 480; Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. II**, s. 156.

2.2.3.3.5. Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik Etme

İnceleme konusu suçta tahrik fiilinin muhatabı, halkın bir kesimidir. Bir diğer deyişle suçun oluşması için halkın (toplumun) tamamının tahrik edilmesi söz konusu değildir. Tahrikin konusu ise "kin ve düşmanlık"tır. Daha önce açıklanan "kin" ve "düşmanlık" tanımları nazara alındığında suçun oluşumu için maddede belirtilen halk kesimleri, birbirine karşı öç almayı gerektirecek tarzda nefrete, kine, düşmanlığa, kötülüğe, zarar vermeyi düşündürecek hareketlere tahrik edilmelidir[463]. Şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden[464] tahrik hareketlerinin suçun kapsamına girdiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır[465]. Tahrikten önce tahrik edilen halk kesiminde kin veya düşmanlık duygularının olup olmaması, az ya da çok olmasının bir önemi yoktur[466].

Suçun oluşması için tahrik içeren hareket, fıkra metninde belirtilen farklı özellikteki halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye hem objektif hem de sübjektif bakımdan elverişli olmalıdır[467]. Diğer bir deyişle tahrikin etkili ve inandırıcı bir çağrı içermesi, halk kesimini kin ve düşmanlığa sevk edecek yahut mevcut kin ve düşmanlık duygularını devam ettirecek veya güçlenmesine katkıda bulunacak mahiyette olması, failin de sübjektif olarak bu amacı gütmesi ve bunu istemesi gerekir[468]. Bu kapsamda

---

[463] Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 535; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6068; "… güvenlik güçlerince teröre karşı yürütülen mücadeleye son verilmezse ülkenin tekrar çatışma ortamına sokulacağı şeklinde tehdit içeren sözler sarf ederek ve terör örgütünün Türkiye Cumhuriyetine eşit bir güç gibi algılanmasına neden olabilecek şekilde karşılıklı ateşkesten bahsetmek suretiyle ırk veya bölge farklılığı gözeterek halkı birbirine karşı… kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçunu işlediği", Y 8. CD, 10.11.2009, 2007/8169 E, 2009/14021 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[464] TCK m. 216'nın gerekçesinde; "Şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler madde kapsamında değerlendirilebilecektir" denilmektedir. "Sanığın… ruhsatlı tabancasını ocağın önünde toplanmış olan topluluğa doğrultarak 'pis kürtler, sizin hepinizi öldürmek gerek, şerefsiz kürtler, hepiniz öldürülmeye layıksınız' gibi sözlerle halkın bir bölümünü diğerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği; nefret yayan, çatışmaya kışkırtan ve şiddet kullanmaya davet eden bu ifadeleri", Y 8. CD, 29.6.2004, 2004/6702 E, 2004/5969 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4391).

[465] "… yazıda '… Halk içinde örgütlenip halkı ayağa kaldırmak lazım. Halk ayaklanması olmadıkça, dikey çalışma çok fazla sonuç vermez. Devleti barışa zorlayacak girişimler örgütlemek gerekir…' şeklindeki… kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçuna ilişkin unsurların oluşturduğu", Y 8. CD, 28.1.2008, 2006/10897 E, 2008/579 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[466] Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 133; Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3584.

[467] Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 535; Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3169; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6069; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 182.

[468] Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 139; Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3583.

beddua[469], ağır biçimde eleştirme, saygısızlık ifade eden bir davranış sergileme veya bu yönde sözler sarf etme yahut bir iddiayı ileri sürmenin ötesinde ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa yönelten bir tahrik hareketi bulunmalıdır[470]. Fakat tahrikin halk kesimlerini karşı karşıya getirmiş olması aranmaz[471]. TCK m. 216/1'in gerekçesinde tahrik içeren fiillerin halkın bir kesimi üzerinde etkisi konusunda, *"Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği, hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir."* denilmiştir. Bununla birlikte Yargıtayın suçun oluşumu için tahrik içeren hareketlerin akabinde toplumda bir tepki veya olay meydana gelmesini aradığı görülmektedir[472].

İnceleme konusu suçun oluşumu için tahrik, "alenen" yapılmalıdır. Tahriki kimse duymamış olsa dahi fiil alenen yapılmış ise suç meydana gelecektir. Buna karşın tahrik alenen yapılmamış, fakat kamuoyu bundan herhangi bir şekilde haberdar olsa da suç oluşmayacaktır[473]. Tahrik, basın ve yayın yoluyla aleniyet kazanıp suç oluşmuşsa bu durum suç tipi için ağırlaştırıcı nitelikli hâl olarak düzenlendiğinden verilecek ceza artacaktır.

Alenen tahrikin, farklı sınıfa, ırka, dine, mezhebe veyahut bölgeye mensup halk kesimlerini bu farklılarından en az birinden ötürü birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa sevk edecek şekilde yapılması gerekir. Uygulamada, TCK m. 216/1'deki

---

469 "… takma adıyla yazılan (oruç tutanların, namaz kılanların, sakallı hacıların, başörtülü bacıların, Afganlı mücahitlerin ve Filistinlilerin Ramazan Bayramları kutlu olsun) 'Yahudi siyonizmi ve Mason işbirlikçilerinin, dinsizlerin, imansız beynamazların, peygambere dil uzatan yalnızca kafa kâğıdı ile Müslüman olanların kitaba ve örtüye karışanların Şeker Bayramı tatilleri zehir zıkkım olsun şeklindeki ve bütünü ile dua, beddua ve bir de nükte yapmak niteliğinde bulunan yazıda… kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme suçunun öğelerinin oluşmadığı", Y 8. CD, 13.4.1989, 1989/839 E, 1989/3168 K (Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 535).

470 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 535, 536; Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3169; Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3583; "… sanığın… uygulamaya ilişkin birtakım ağır eleştirilerde bulunup, belirli kişi ya da kişilere yönlendirilmiş olmayan hakaretamiz sözler sarf ettiği, şiddet çağrısı da taşımayan bu sözlerde, TCK 312/2. madde ve fıkrasında tanımlanan suçun… tahrik unsurunun bulunmadığı", Y 8. CD, 8.4.2004, 2002/10542 E, 2004/3111 K (Meran, **Sulh Ceza …**, s. 578).

471 Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3169; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6069; Önder, **Türk Ceza …**, s. 415; "… gazetenin trajının az olduğu ve Malatya'da bu yazı ile bağlantılı olarak bir olay da meydana gelmediği gerekçeleriyle… sanıkların beraatlerine karar verilmesi", Y 8. CD. 7.11.2002, 2002/9667 E, 2002/10406 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4394).

472 "… yazı… içeriği itibariyle toplumda hiçbir tepki meydana gelmediği... TCK'nın 216. maddesinde tanımlanan suçun unsurlarının oluşmadığı", Y 8. CD, 13.3.2012, 2009/16578 E, 2012/7989 K (Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3595); Aynı yönde bkz. Y 8. CD, 29.2.2012, 2010/7607 E, 2012/6296 K; Y 8. CD, 6.10.2011, 2009/8117 E, 2011/11026 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

473 Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6069.

suça konu eylemlerin başlıca; İslami kuralların zorla yerleştirilmesine yönelik propagandalar, bölücü düşüncelerin açıklanmasının yanı sıra şiddetin önerildiği olaylar, düzenin zorla yıkılmasını teşvik eden ifadeler ile Alevi ve Sünni mezheplerinin birbirlerine karşı kışkırtıldığı olaylardan kaynaklandığı belirtilmektedir[474].

2.2.2.4. Suçun Konusu

Hareketin yönelik olduğu, yani hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey suçun maddi konusunu (suçun konusu) oluşturur[475]. Bu şey bir eşya, kişi, hayvan vs. olabilir. Her suçun maddi konusunun bulunması şart değildir. Suçun maddi konusu ile suçun hukuki konusu (korunan hukuki yarar) birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte, birbiriyle tamamen ilgisiz ve bağımsız kavramlar olmayıp, aksine doğrudan bağlantılı kavramlardır[476]. Hukuki değeri maddi ve gerçek objeler olarak kabul edenler, bu iki kavramın bazı fiillerde çatıştıklarını ve birbirinden ayırmanın imkânsız olduğunu ifade etmektedir[477]. Suçun hukuki konusu, suç tipinin sevkindeki esas fikir ve amaçtır. Her suçun zorunlu olarak koruduğu, bireye, topluma ya da devlete ait bir veya birden fazla hukuki konusu vardır. Suçun maddi konusu, yani hareketin yönelik olduğu konu (hareketin konusu) somuttur, maddi bir yapıya sahiptir[478]. Suçun hukuki konusunun ise böyle bir niteliği yoktur. Suçun hukuki konusu soyuttur, normatiftir; dış dünyanın elle tutulur, gözle görülebilir maddi yararları değil, toplumdaki güvenliğe, sükûna, kamu barışına ve insan onura ilişkin birtakım manevi değerleri kapsamına almaktadır[479].

Hareket, suçun ya maddi konusuna ya da hukuki konusuna yönelerek bunlara zarar verir veya zarar ihtimali yaratır[480]. Şekli suçlarda veya sırf hareket suçlarında, hareket yapılır yapılmaz tipiklik ihlal edildiğinden suçun maddi konusu kanuni tanımda yer almaz. Bu yüzden bu tür suçlar, hareketin konusu (maddi konu)

---

474 Malkoç, **Açıklamalı …,** s. 3587-3590.

475 Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …,** s. 191; Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi …,** s. 197, 198. Suçun maddi konusunun mutlaka olması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 118; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 203; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …,** s. 306, 307.

476 Ünver, **Ceza Hukukuyla …**, s. 147; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …,** s. 119.

477 Akt. Ünver, **Ceza Hukukuyla …,** s. 147.

478 Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …,** s. 192.

479 Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …,** s. 192; Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi …,** s. 87, 197.

480 Zafer, "Halkın Bir Kısmını …", s. 231.

bulunmayan suçlar şeklinde de ifade edilir[481]. Bu tür suçlarda hareketin bir maddi konusu olmasa da korunan hukuki menfaat bu suçların konusunu oluşturur ve hareket bu hukuki konuya yönelir. Maddi suçlarda ise suçun kanuni tarifinde, hareketin yönelik olduğu bir maddi konu mutlaka bulunmalıdır[482]. Sırf hareket suçu olan TCK m. 216/1'de, hareketin yöneldiği ve zarar ihtimali yaratılan konu kamu barışıdır, dolaysıyla bu suçun konusu maddi değil, hukukidir[483].

Toplum açısından değer taşıyan bazı hukuki değerlerin daha etkin biçimde korunması için hareketin yöneldiği konuya (maddi ya da hukuki konu) sadece zarar verenler değil, tehlikeye sokan fiiller de cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan suç tipinde belirtilen hareketin yöneldiği konunun hareketten etkilenme derecesine, yani hareketin yöneldiği konu üzerindeki yoğunluk derecesine göre suçlar tehlike suçları ve zarar suçları olmak üzere ikiye ayrılır[484]. Tipe uygun fiilin işlenmesi ile hareketin yöneldiği konunun zarara uğramasının arandığı hallerde zarar suçundan bahsedilir. Bu suçlarda, hareket ile zarar arasındaki nedensellik bağı somut biçimde tespit edilebilir[485]. Kanun koyucunun, kamu düzenini korumayı amaç edinip kimi fiillere daha zarar olmadan, fiilin yöneldiği konunun objektif bakımdan zarara uğrama ihtimaline müdahaleyi gerekli görerek ihdas ettiği istisnai suç tipleri tehlike suçlarıdır. Ceza hukukunda tehlike, olasılıkla bağlantılı görülmekte ve "zarar ihtimali" olarak kabul edilmektedir[486]. Tehlike, âdet ve kural dışı olarak meydana getirilen bir durumdur ve somut olayda zarar imkânından ziyade zarar ihtimalini belirtir[487]. Tehlikenin insana verdiği korku, basit bir imkân dâhilinde değil, kuvvetli bir imkân, yani ihtimal hâlinde söz konusudur. İhtimalden daha ileri derecede kuvvetli bir ihtimal aramak, tehlikeyi çok daraltır. Sıradan bir insanı korkutan sadece

---

481 Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 51.
482 Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 51.
483 Zafer, "Halkın Bir Kısmını …", s. 238; Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …,** s. 549.
484 Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 59, 62; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …,** s. 364; Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 135; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 309; Özgenç, **Türk Ceza …,** s. 204; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …,** s. 119; Daragenli, **Tehlike Suçları,** s. 31, 32.
485 Zafer, "Halkın Bir Kısmını …", s. 231.
486 Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce ...", s. 19; Daragenli, **Tehlike Suçları**, s. 5. Tehlike, sözlükte; "Kaygı uyandıran durum; bir tehdit oluşturan, bir şeyin, bir kimsenin varlığını ya da durumunun tehdit eden ya da kaygı uyandıran şey; çekince" şeklinde tanımlanmıştır. **Büyük Larousse**, C. 22, s. 11348.
487 Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 60.

ihtimaldir, bu nedenle ihtimalin kuvvetlisini aramanın gereği yoktur[488]. Tehlike suçlarında, hukuki değeri ihlal eden hareket nedeniyle kişinin cezalandırılabilmesi için zararın gerçekleşmesi aranmaz[489]. Bu tür suçlarda haksızlık teşkil eden hareket, suç tipinde belirtilen konu üzerinde zarar değil, zarar tehlikesi meydana getirmektedir. Suçun işlenmiş sayılması için hareketin, konu üzerinde objektif olarak zarar tehlikesi yaratabilme imkânına sahip bulunması gerekir[490].

Tehlike suçları kendi içerisinde, soyut ve somut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır[491]. Somut tehlike suçlarında, suçun kanuni tanımında belirtilen fiilin işlenmesinin yanında konu üzerinde gerçekten bir tehlikeye sebebiyet verilmiş olması gerekir[492]. Soyut tehlike suçlarından farklı olarak fiil ile gerçekleşen tehlike arasında nedensellik bağı olmalıdır[493]. Somut tehlike suçlarında, fiilin üzerinde tehlike yaratacağı konu suç tanımında yer almalıdır. Bu tür suçlarda, fiilin gerçekleştirildiği sırada tüm koşullar ve etkenler, özellikle kişi veya topluluğun durumu ve konumu gibi hususlar değerlendirilmek suretiyle, fiilin zarar tehlikesi potansiyeli taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir. Burada söz konusu edilen tehlike, zarar doğurmaya elverişli tehlikedir. Bu tehlike korunan hukuki değeri bozabilecek nitelikte bulunduğu takdirde tehlike doğmuş ve dolayısıyla suç oluşmuş olacaktır[494].

Somut tehlikenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Başka bir deyişle somut tehlikenin suçun unsuru olduğunu savunanlar[495] olmasına karşın objektif cezalandırılabilme şartı olduğu görüşünde olanlar da bulunmaktadır[496]. Bu konu

---

488 Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 125.

489 Ersan, "Halkı kin …", s. 82.

490 Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce ...", s. 19, 20.

491 Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 60. *Daragenli*, tehlike suçlarını; somut tehlike suçları, soyut tehlike suçları ve öngörülen tehlike suçları olmak üzere üçe ayırmaktadır. Daragenli, **Tehlike Suçları**, s. 59. *Şen* de benzer bir ayrım yapmaktadır. Şen, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin …", s. 25, 26. *Kunter*, soyut tehlike suçlarını kabul etmemektedir. Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 134.

492 Sancar, "Türk Ceza …", s. 99; Daragenli, **Tehlike Suçları**, s. 53, 59. Somut tehlike suçlarına; yangın çıkarma (m. 170), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokma (m. 171) suçları ve TCK m. 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 217, 220 ve 319. maddelerinde düzenlenen suç tipleri de örnek verilebilir.

493 Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 60, 61.

494 Daragenli, **Tehlike Suçları**, s. 70.

495 Zafer, "Halkın Bir Kısmını …", s. 232, 247; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 176.

496 Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 128, 129; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 121; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 311, 590; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 206; Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 210, 247; Zeynel T. Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", **İÜHFM**, İstanbul 2010, C. LXVIII, S. 1-2, s. 162; Ersan, "Halkı kin …", s. 84.

hakkındaki görüşler aşağıda[497] ayrıntılı biçimde açıklanacağından, tekrara düşmemek adına burada somut tehlikenin gerçekleşmesinin suçun unsuru olmadığı, cezalandırılabilme şartı olduğu görüşüne katıldığımızı belirtmekle yetiniyoruz.

"Genel tehlike suçları" olarak da adlandırılan soyut tehlike suçları ise suçun kanuni tanımında yer alan hareketin işlenmesinin suçun oluşması açısından yeterli görüldüğü suç tipleridir[498]. Soyut tehlike suçlarında kanuni tarifte gösterilmediği için hareketin somut olayda korunan hukuki menfaat açısından tehlike doğurup doğurmadığı araştırılmaz. Başka bir deyişle bu tür suçlarda illiyet bağının tespiti gerekli değildir. Tipte belirtilen hareketin yapılması ile suçun konusu üzerinde genel olarak bir tehlikenin ortaya çıkacağı kanun koyucu tarafından önceden kabul edilmektedir. Bu tür suçlarda, fiilin tehlikeliliği suçun unsuru değildir. Kastın hareketi kapsaması yeterli olup hareketin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır. Ancak hareketin soyut ve objektif biçimde korunan hukuki menfaat açısından genel olarak bir tehlike oluşturmaya elverişli olup olmadığına bakılır[499].

Somut tehlike ve soyut tehlike suçu arasındaki fark bir örnekle şöyle açıklanabilir: Suç tipi, hızlı araç kullanan kimse cezalandırılır şeklinde olursa soyut tehlike; hızlı araç kullanarak başkalarını tehlikeye sokan kimse cezalandırılır biçiminde olur ise somut tehlike suçu söz konusudur[500].

TCK m. 216/1'deki suç, diğer tahrik suçları gibi tehlike suçları kategorisinde yer almaktadır. Suç, tehlike suçlarındaki ayrım bakımından ise madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere[501] tipikliğin gerçekleşmesi için kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlikenin meydana gelmesi arandığından, somut tehlike

---

497 "Kamu Güvenliği Açısından Açık ve Yakın Tehlike" başlığına bkz.

498. Önder, **Ceza Hukuku …,** s. 60, 61. Suç işlemeye alenen tahrik (m. 214/1), suç ve suçluyu övme (m. 215), iftira (m. 267), yalan tanıklık (m. 272) suçları birer soyut tehlike suçudur.

499 Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 202; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …,** s. 120, 121; Daragenli, **Tehlike Suçları**, s. 59, 60.

500 Demirbaş, **Ceza Hukuku …,** s. 247.

501 TCK m. 216'nın gerekçesinde bu hususta; "Fıkra metninde; fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç; soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu hâline getirilmiştir. Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim, dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir" denilmektedir.

suçudur[502]. Yargıtay da kin ve düşmanlığa tahrik suçunun somut tehlike suçu olduğunu belirtmektedir[503].

Somut tehlike suçlarında, tehlikenin somut olarak doğması ve neredeyse zararın ortaya çıkma aşamasına kadar varmasının söz konusu olduğu savunulmuştur[504]. Buna göre, failin aleni olarak yaptığı konuşmada; halkı din, mezhep veya bölge veyahut ırk farklılığı gözetmek suretiyle kin ve düşmanlığa tahrik etmesinde, kamu güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ve toplumda huzursuzluğa sebebiyet verdiği somut biçimde tespit edilmelidir. Bazı suçlarda soyut ve somut tehlike ayrım ve tespiti yapılabildiği hâlde, TCK m. 216/1'deki suç açısından bunu yapmaya çalışmak ve ölçütler öngörmek zordur. Diğer bir söyleyişle, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden ifadelerden hangisinin kamu güvenliği için somut tehlike oluşturduğunun tespiti güçtür[505].

2.2.3. Manevi Unsur

Fiil ile kişi arasındaki psikolojik bağlantı, suç teşkil eden haksızlığın manevi unsurunu meydana getirmektedir[506]. Fiilin, kanuni tarife uygun ve hukuka aykırı olması suç teşkil edebilmesi için yeterli değildir. Ayrıca fiil, iradi olarak gerçekleştirilmelidir. Diğer bir anlatımla bir suçun, bir kişiye yüklenebilmesi için fiil ile çıkan sonuç arasında, maddi sebebiyet ilişkisinden başka, o kişi ile fiil arasında manevi sebebiyet ilişkisinin (sübjektif bir bağlantının), yani kusurun bulunması gerekir[507]. Kusur, fiil ile fail arasındaki manevi ilişkidir ve failin işlediği hukuka aykırı fiilden doğan sorumluluğu ifade eder. Suçun manevi unsuru, "sübjektif unsur", "kusur" veya "kusurluluk" şeklinde de isimlendirilmektedir[508].

Manevi unsurun varlığı, failin kusurlu bir şekilde hareket etmeğe ehil olmasını ve bilfiil olayda kusurlu bir şekilde hareket etmesine bağlıdır. Failin kusurlu

---

[502] Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 550-552; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 205, 206; Akkaş, "İfade Hürriyeti …", s. 100; Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4352.

[503] YCGK, 29.4.2008, 2007/8-244 E, 2008/92 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6086); Y 8. CD, 20.6.2012, 2010/6293 E, 2012/21247 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[504] Şen, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin …", s. 26.

[505] Şen, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin …", s. 26.

[506] Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 225; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 396.

[507] Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 9; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 287.

[508] Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 118; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 315.

bir şekilde hareket etmeye ehil olması ise isnat kabiliyetini ifade etmektedir[509]. İsnat kabiliyeti, failin şahsi durumunu ilgilendirir ve kusurlulukla sıkı ilişki içindedir, adeta kusurluluğun ön şartıdır. Zira bir kimsenin kusurlu biçimde hareket edebilmesi için öncelikle isnat kabiliyetine sahip olması gerekir[510].

Suçun manevi unsuru açısından işleniş biçimleri kast ve taksirdir[511]. TCK m. 21/1'de suçun oluşumu kastın varlığına bağlanmıştır. Maddede kast (doğrudan kast), *"Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir."* şeklinde tanımlamıştır. TCK m. 21/2'nin birinci cümlesinde[512] ise olası (muhtemel) kasttan bahsedilmiştir. Olası kastta, fail icra hareketlerine devam etmekle yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmektedir.

Kural olarak bir fiilin suç sayılması için kasıtlı işlenmiş olması yeterli iken bazı hâllerde cezai sorumluluğun kişiye yüklenilebilmesi için fiilin belli bir saikle (güdü, amaç, gaye) işlenmesi aranabilir. Saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu, düşüncedir. Suç tipindeki hareketin yapılmasına etken olan kişisel hesap ve gerekçelerdir[513]. Bazı suç tiplerinde kişinin fiili gerçekleştirme amacına işaret eden bir ifadeye yer verilerek suçun unsurlarına ilişkin kastın yanı sıra kişinin belli bir saikle hareket etmesini suçun basit şekli için manevî bir unsur hâline getirilebilir. Saikin, suç unsuru olarak düzenlediği hâllerde artık özel kasttan bahsedilir[514]. Böyle bir durum, birbirine benzeyen suçları ayırmaya da yarar. Bazen de suç tipinde kişinin belirli bir saikle hareket etmesi suçun ağırlaştırıcı veya hafifletici nedeni olarak düzenlenmiş olabilir[515].

TCK m. 216/1'deki suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Madde metninde taksire ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden suçun taksirle işlenmesi

---

509 Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 315, 316; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 278, 281.
510 Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 281.
511 Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 153.
512 TCK m. 21/2'nin birinci cümlesine göre; "Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır."
513 Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 155; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 304.
514 Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 378, 383.
515 Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 155, 156; Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 378, 379; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 390.

olanağı yoktur[516]. Kastın türü, doğrudan kast olabileceği gibi olası kast da olabilir. Doğrudan kast hâlinde, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrikin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır. Olası kast durumunda ise kişi, TCK m. 216/1'de tanımlanan tahrik içerikli fiilin somut olayda gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemektedir. Suçun düzenlendiği fıkrada kişinin belirli bir saik veya amaçla hareket etmesi aranmadığından, suçun oluşmasında kişinin saikinin bir önemi bulunmamaktadır[517]. Failin, halkı kin ve düşmanlığa sevk etmek amacıyla hareket ettiği gerekçesiyle bu suçun ancak özel kastla islenebileceğini savunanlar da bulunmaktadır[518].

TCK m. 216/1'de geçen tahrikin "kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike" oluşturmasının suçun unsuru değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiğimiz aşağıda açıklanacaktır. Bu kabulden hareketle; cezalandırılabilme şartları kastın kapsamına dâhil olmadıklarından, failin kastının açık ve yakın bir tehlikeyi kapsaması gerekmemektedir. Daha açık bir deyişle failin alenen gerçekleştirdiği tahrikin, halkın bir kesimini diğer kesimi aleyhine "kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike" oluşturabileceğini bilmesine, istemesine veya öngörmesine ihtiyaç yoktur. Buna karşın açık ve yakın tehlikeyi suçun unsuru kabul edenler, failin kastının bu tehlikeyi de kapsaması gerektiğini ileri sürmektedirler[519].

2.2.4. Hukuka Aykırılık

Bir haksızlık olarak ortaya çıkan fiilin, niteliklerinden biri hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık, ceza kanunlarında veya başka bir kanunda suç olarak kabul edilen fiilin aynı kanun veya yürürlükte olan başka bir kanun tarafından meşru sayılmamış olmasıdır[520]. Bir fiilin hukuka aykırılığı, ülkedeki tüm hukuk sistemine aykırılık oluşturur. Tipiklik ve hukuka aykırılık bir araya geldiğinde suç teşkil eden

---

[516] "Göreve yeni başlaması nedeni ile çevreyi ve öğrencileri yeteri kadar tanımadığı anlaşılan sanığın, hangi görüşün hâkim olduğunu bilmediği bir ortamda suç kastı ile hareket edip atılı sözleri söylemesi mümkün görülmediğinden, kişiliği yönündeki olumlu bilgiler ve deneyimsizliği de dikkate nazara alınarak aksi kanıtlanmayan savunmasına itibar etmek gerekir. Sanığa yükletilen suçun kasıt unsuru gerçekleşmediğinden, mahkûmiyetine karar verilemez.", YCGK, 12.2.1990, 1990/8-374 E, 1990/215 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3004).

[517] Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 553, 554.

[518] Akkaş, "İfade Hürriyeti …", s. 101.

[519] Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında …**, s. 132.

[520] Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 8, 81.

"haksızlık" da gerçekleşmiş olur[521]. Hukuka aykırılık, fiilin norma aykırılığını belirtirken haksızlık, fiil hakkındaki değer yargısını ifade etmektedir[522].

Tipikliğin gerçekleşmesiyle kural olarak hukuka aykırı durum da oluşmaktadır. Bir bakıma fiilin tipe uygunluğu aynı zamanda hukuka aykırılığın da göstergesi, karinesidir. Ne var ki tipiklik mevcut olduğu hâlde haksızlık bulunmayabilir[523]. Böyle durumlarda fiilin haksızlık teşkil edebilmesi, tüm hukuk düzenine göre değerlendirilmeli ve denetlenmelidir. Fiil bu yönüyle değerlendirildikten sonra hukuka uygunluğu veya aykırılığı konusunda nihai bir karara ulaşılır. Bu şekilde hukuka aykırılığı ve dolayısıyla tipe uygun fiilin cezalandırılması olanağını ortadan kaldıran özel nedenlere hukuka uygunluk nedenleri denilmektedir[524].

TCK'da hukuka uygunluk nedenleri dört ana grupta toplanmıştır. Bunlar; kanun hükmünü (görevin) yerine getirme (m. 24/1), meşru savunma (m. 25/1), hakkın kullanılması (m. 26/1) ve ilgilinin rızasıdır (m. 26/2)[525].

İfade özgürlüğü, hakkın kullanılması kapsamında TCK m. 216/1'deki suç açısından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir[526]. TCK m. 26/1'de, *"Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez."* hükmüne yer verilmek suretiyle, kişinin bir hakkını kullanması hukuka uygunluk sebebi olarak belirtilmiştir. Hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılmasından bahsedebilmek için, kişiye hukuk düzenince tanınmış ve hiçbir makamın aracılığına ihtiyaç duyulmaksızın, kişi tarafından doğrudan kullanılabilecek bir sübjektif hakkın olması ve bu hakkın sınırları içinde kullanılması gerekir[527].

---

[521] Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 229.
[522] Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 150.
[523] Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 156; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 230.
[524] Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 231; Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 156.
[525] Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 304.
[526] Bu hususla ilgili olarak TCK m. 216'nın gerekçesinde; "Öte yandan çağdaş dünyada, gelişmenin temel dinamiği olarak düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kabul edilmektedir. Bu bağlamda; kişilerin düşündüklerini hür bir ortamda söyleyebilmeleri, demokratik toplumun varlığı için zaruri sayılan unsurlardandır. Söz konusu suç tanımı, bu düşünceler dikkate alınarak yapılmıştır" denilmiştir.
[527] Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 304; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 256, 257.

Söz, yazı, resim veya başka bir biçimde dış dünyaya aktarılan düşüncelerden dolayı bir yaptırıma maruz kalma, ancak ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılması hâlinde söz konusu olabilir. Eğer ifade özgürlüğünün sınırları içinde kalınmışsa artık açıklanan düşünceler hukukun koruması altındadır. Böyle hâllerde, ceza hukukunda bir hukuka uygunluk sebebi olan hakkın kullanılması gündeme gelecektir. Bir hareketin ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik ne zaman bir hakkın kullanımı veya haksızlığın aktif biçimde gündeme getirilmesi sayılacağı ifade özgürlüğü çerçevesinde tespiti gereken bir hususdur[528].

Anayasa'da hak ve özgürlükler ve bu bağlamda ifade özgürlüğüyle ilgili olarak uluslararası hukuktaki gibi ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hak ve özgürlüklerin niteliklerine, kişilere yüklediği ödev ve sorumluluklara Anayasa'nın 12. maddesinde[529] yer verilmiştir. Hak ve özgürlüklerin genel olarak sınırlanması 13. maddede[530] düzenlenmiştir. Bu madde gereğince, hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın ilgili maddelerinde yer alan nedenlere dayalı olarak ve sadece kanunla sınırlanabilmesi, Anayasa'nın sınırlandırma biçimi konusunda, yukarıda açıklanan AİHS sistemini benimsediğini göstermektedir. Ayrıca tek fıkralık maddenin birinci cümlesinde, genel sınırlama ilkeleri belirtilirken ikinci cümle ile bu sınırlamaların sınırı ifade edilmiştir. Anayasa'da hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması ile kullanılmasının durdurulması sırasıyla 14 ve 15. maddelerde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, Bildirge ile AİHS'de yer alan ölçütlerle benzerlik göstermektedir.

Anayasa'nın 25. maddesinde[531] ifade özgürlüğünün unsurlarından biri olan "düşünce ve kanaat özgürlüğü" güvence altına alınmıştır. Anayasa, AİHS'in "İfade özgürlüğü" başlıklı 10. maddesine benzer bir düzenlemeye, "Düşünceyi açıklama ve

---

528 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 216.

529 Anayasa'nın 12. maddesine göre; "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.
Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

530 Anayasa'nın 13. maddesine göre; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

531 Anayasa'nın 25. maddesine göre; "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.
Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz."

yayma hürriyeti" başlığı altında 26. maddede[532] yer vermiştir. Bununla birlikte basın özgürlüğü, AİHS'in 10. maddesiyle koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. 26. maddede ifade özgürlüğü ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. AİHS'in 10. maddesinde ise ayrıntılara yer verilmeyerek madde metni sade biçimde bırakılmıştır. Anayasa'nın 26. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, kişinin düşüncelerini herhangi bir yolla kendi başına veya toplu biçimde açıklayabileceği ve yayabileceği vurgulanmıştır. Birinci fıkranın son cümlesi ile kitle iletişim araçları açısından "izin sistemi"nin önü açılmış, üçüncü fıkrayla da bu durumun özgürlüğün sınırlanması sayılmayacağı belirtilmiştir. İkinci ve dördüncü fıkrada ise özgürlüğün amaçlar ve araçlar çerçevesinde çok yönlü olarak sınırlamaya tabi tutulduğu görülmektedir. Anayasa'nın 26/2. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlama nedenleri, AİHS'in 10/2. maddesindeki sınırlama nedenleri ile uyum içerisindedir. Ayrıca 26/2'de sınırlama nedenleri arasında, "Cumhuriyetin temel nitelikleri" de sayılmıştır. Cumhuriyetin temel nitelikleri ise Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilmiş, Anayasa'nın başlangıcında belirtilen ilkeler de bu nitelikler arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinin bu yollaması nedeniyle başlangıçta belirtilen "temel ilkeler", ifade özgürlüğünün sınırlanmasında nazara alınmalıdır.

İnsan hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası sözleşmelerin hukukumuzdaki konumu, Anayasa'nın 90/5. maddesinin[533] hükmü ile ifade bulmuştur. Bu düzenleme

---

[532] Anayasa'nın 26. maddesine göre; "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

[533] Anayasa'nın 90/5. maddesine göre; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası

ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar kanunlardan daha üstün normlar olmuştur. Böylece AİHS'in yanında hak ve özgürlüklere ilişkin diğer birçok uluslararası sözleşme iç hukukumuzun parçası hâline gelmiş ve anayasal teminata kavuşmuştur. Bu durumla AİHM kararları hukukumuz açısından etkili hâle gelmiştir. Şöyle ki AİHS'in 46. maddesine göre, Sözleşme'yi onaylayan her devlet, taraf oldukları davalarda Mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymakla yükümlüdür. Bu durum, Sözleşme'ye taraf devletlerin AİHM'in zorunlu yargı yetkisini kabul etmelerinin doğal bir sonucudur.

Yargıtay, TCK m. 216/1'deki suçun unsurlarının oluşup oluşmadığına karar verirken Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin hükümlerinin yanı sıra Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'in ifade özgürlüğünü içeren maddeleri ile AİHM'in bu konudaki içtihat ve yorumlarına gönderme yapmaktadır[534]. Bahsi geçen diğer hak ve özgürlükler ile ifade özgürlüğüne dair uluslararası normlara gönderme yapılması, Yargıtayın insan hak ve özgürlükleri ile ilgili uluslararası normları iç hukukun bir parçası olarak kararlarına işlediği ve ifade özgürlüğünü TCK m. 216/1'deki suç bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ettiğini göstermektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında, *"şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadeler dışında, devletin veya toplumun bir kesiminin hoşuna gitmeyen incitici, rahatsız edici, ürkütücü, bilgi ve düşünceler"*i ifade özgürlüğü kapsamında görerek somut olay incelemesinde Anayasa'nın 90/5. maddesi gereğince AİHS ile AİHM

andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

534 "Ayrıca, Anayasa'nın 25, 26 ve 90. maddeleri gereğince iç hukukumuzun bir parçası sayılan AİHS'in 9 ve 10. maddeleriyle güvence altına alınan düşünce ve ifade hürriyetinin sınırlarının aşılıp aşılmadığı yönünden de değerlendirme yapılmalıdır. T.C. Anayasa'sının 26 ve AİHS'in 10. maddeleri, düşünce hürriyetinin resmi makamların müdahalesi olmadan haber veya bilgi almak veya vermek serbestliğini de kapsadığı gibi haber alma, öğrenme özgürlüğünün özel bir şekilde önemsendiğini hatırlatmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10. maddede garanti altına alınan düşünceyi açıklama özgürlüğünü vurgulayan birçok kararında hemen hemen ortak bir ifade kullanarak bu özgürlüğün demokratik toplumun temel taşlarından olup, kişinin ilerleyip gelişmesinin koşullarından birini teşkil edeceğini ve bu özgürlüğün sadece zararsız sayılan haber ya da fikirler bakımından değil, aynı zamanda, devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı veya endişe verici olanları da içerebileceğini, demokratik toplumun vazgeçemeyeceği açık fikirliliğin gereği olduğunu kabul etmiştir… davaya konu köşe yazıları bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, şiddet içermediği, bu yazılar nedeniyle toplumda hiçbir tepki meydana gelmediği, açık ve yakın bir tehlikenin mevcut olmadığı, bu nedenlerle de ifade özgürlüğü kapsamında olup 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesindeki tanımlanan suçun unsurlarının oluşmadığı", Y 8. CD, 20.6.2012, 2010/6293 E, 2012/21247 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017); Aynı yönde bkz. Y 8. CD, 13.3.2012, 2009/16578 E, 2012/7989 K (Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3595).

kararlarının gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır[535]. Bu bağlamda şiddet içermeyen, ayaklanma ya da silahlı direnmeyi teşvik etmeyen ifadelerin TCK m. 216/1'deki suçu oluşturmadığına karar vermektedir[536].

Anayasa'nın 148/3. maddesi gereğince, herkes olağan kanun yollarını tükettikten sonra Anayasa ve AİHS ile güvenceye bağlanan bir hak ve özgürlüğünün kamu otoritelerince ihlal edildiğini iddia ederek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilir. Mahkeme bu başvurularda, bir hak ve özgürlüğün güvenceye alınıp alınmadığını ve içeriğini tespit ederken, AİHM'in içtihatlarını gözetecektir. Anayasa'nın 148/4. maddesi gereğince kanun yolunda incelenecek hususlar bireysel başvuruya konu yapılamayacaktır. Böylece Mahkemenin bireysel başvurular üzerine vereceği kararlar, hak ve özgürlükler bağlamında ayrı bir içtihat oluşturacaktır.

Anayasa Mahkemesinin, yapılan bireysel başvurular üzerine ifade özgürlüğüyle bağlantılı olarak, nefret söylemi ve ayrımcılık yasağına ve bu bağlamda TCK m. 216/1'deki suça ilişkin içtihatları bulunmaktadır. Mahkeme kararlarında, konu hakkındaki AİHM içtihatlarına da sıklıkla vurgu yapmaktadır. Mahkeme, AİHM kararlarında vurgulandığı gibi ifade özgürlüğünü, demokratik bir toplumun gelişimi için bir ön koşul olarak görmektedir. Siyasal ve toplumsal çoğulculuğun düşüncenin serbestçe açıklanmasına bağlı olduğunu belirtmektedir[537].

İfade özgürlüğünü, Anayasa'da garanti altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkili olarak gören Mahkeme, basın özgürlüğünü de yazılı ve görsel medya araçları yoluyla haber ve fikirlerin yayılmasını güvenceye bağlayan, ifade özgürlüğünün kullanılma araçlarından biri

---

[535] Y 8. CD, 22.10.2013, 2013/13431 E, 2013/25192 K; "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13, 14, 25, 26 ve AİHS'in 9/2, 10/2, 17. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Devlet yahut halkın bir bölümü için rahatsız edici, hoşa gitmeyen, kural dışı, endişe verici, fakat şiddet ve şiddet kışkırtıcılığı içermeyen nitelikteki sözler de ifade hürriyeti kapsamındadır.", Y 8. CD, 14.11.2012, 2010/5330 E, 2012/34312 K; Aynı yönde bkz. Y 8. CD, 28.5.2013, 2013/9998 E, 2013/16387 K; https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[536] Y 8. CD, 14.11.2012, 2010/5330 E, 2012/34312 K; Benzer yönde bkz. Y 8. CD, 1.3.2012, 2009/19086 E, 2012/6611 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

[537] İhsan Taş, B. No: 2014/11255, 21.11.2017, § 36, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/11255?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=11255&BasvuruAdi=ihsan+ta%C5%9 (e.t. 5.2.2019).

olarak kabul etmektedir[538]. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün demokrasinin işleyişi için vazgeçilmez olduğunu, fakat bu özgürlüklerin sınırsız olmadığını belirtmektedir. 26. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen sınırlamalara uyma yükümlülüğünün, ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin olarak basın için de geçerli olan bazı "Görev ve sorumluluklar" içerdiğini ifade etmiştir[539]. Mahkeme, TCK m. 216/1'deki suç bağlamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki başvurularda, genel olarak kullanılan ifadelerin şiddeti övüp övmediği ya da kişilerin terör yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik edip etmediğini incelemektedir[540].

Anayasa Mahkemesi; etnik köken, ten rengi, cinsel kimlik, cinsel yönelim, fiziksel veya zihinsel engellilik, siyasi aidiyet, yabancılık gibi nedenlerle dezavantajlı konumda bulunan gruplara karşı hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini nefret söylemi olarak değerlendirmektedir[541]. Hoşgörünün ve saygının çoğulcu demokratik bir toplumun temellerini oluşturduğundan hareketle hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren ifadelerin meşru amaçla orantılı biçimde önlenebileceğini ve hatta cezalandırılabileceğine değinmektedir[542]. Mahkeme, nefret söylemi içeren ifadelerin TCK m. 216/1'deki suç gibi suçlarla ceza yargılamasına konu edilmesini, toplumda dezavantajlı konumda bulunan gruplara yönelik nefreti körükleyerek bunlara yönelik hoşgörüsüzlüğün şiddet eylemlerine dönüşmesi tehlikesinin engellenmesi amacından ileri geldiğini vurgulamaktadır[543]. Ayrıca AİHM kararlarına gönderme yaparak nefret söylemi, ırkçılık, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, terör eylemlerini haklı göstermek veya ayaklanmaya çağrı

[538] Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 8.5.2014, § 51, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5356?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=5356 (e.t. 5.2.2019).
[539] KAOS GL, B. No: 2014/18891, 23.5.2018, § 39, 41, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/18891?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=18891 (e.t. 5.2.2019).
[540] Murat Türk 2, B. No: 2013/7082, 29.6.2016, § 77, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7082?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=7082&BasvuruAdi=Murat+T%C3%BCrk (e.t. 5.2.2019).
[541] KAOS GL, § 37.
[542] Sinem Hun, § 32.
[543] KAOS GL, § 46.

gibi ifade özgürlüğünün kapsamı dışında kalan alanlarda devletin müdahale etmede daha geniş takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir[544].

Mahkeme, insan hak ve özgürlüklerine karşı yapılan herhangi bir müdahalenin demokratik toplum için gerekli nitelikte olup olmadığı, hak ve özgürlüklere en az müdahaleyi gerektiren ölçülü bir sınırlama niteliğinde bulunup bulunmadığı yönlerinden ayrıca değerlendirmede bulunmaktadır[545]. Bir yaptırımın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken; Anayasa'nın 12/2. maddesini, 26/2. maddede ifade edilen sınırlamalarla birlikte değerlendirmektedir. Böylece ifade özgürlüğünün kullanımının, herkes için geçerli olan görev ve sorumluluklar yüklediğini vurgulamış olmaktadır. Bu sorumlulukların kapsamının ise başvurucunun koşullarına ve düşünce açıklamalarında kullandığı araçlara göre değiştiğini belirtmektedir[546] .

2.3. KAMU GÜVENLİĞİ AÇISINDAN AÇIK VE YAKIN TEHLİKE

2.3.1. Genel Olarak

TCK'nın m. 216/1'de geçen *"alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde… cezalandırılır."* ifadesi ile kişinin, bu suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlikenin, diğer bir deyişle somut tehlikenin ortaya çıkmasının gerektiği anlaşılmaktadır[547].

Suçta yer alan *"kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike"*nin hukuki niteliği tartışmalıdır. Söz konusu tehlikenin objektif cezalandırılabilme şartı mı yoksa unsur mu olduğu yönünde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu tehlikenin unsur ya da cezalandırılabilme şartı olarak kabulü, failin kastının (manevi unsurun) tespitinde etkili olmasının yanında teşebbüs, suçun tamamlanma anı, işlendiği yer, zamanaşımı gibi birçok hususu da etkilemektedir[548].

---

544 Murat Türk 2, § 69.
545 İhsan Taş, § 37, 38; Murat Türk 2, § 78.
546 İhsan Taş, § 39.
547 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 551, 552;Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …,** s. 6070.
548 Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984, s. 315.

Suç tipinde düzenlenmiş olan netice, ancak failin kusurlu davranışının sonucu olarak kendisine yüklenebiliyorsa unsur; buna karşılık bu neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için failin kusurlu olması aranmıyorsa cezalandırılabilme şartı söz konusu olur[549]. Bu kıstasa rağmen cezalandırılabilme şartlarının hangi suçlarda yer aldığı ile unsurlardan ne suretle ayrılabileceğinin kesin bir şekilde tespiti mümkün değildir. Bir hususun cezalandırılabilme şartı olarak kabulü için bunun suç tipinde açıkça gösterilmesi ya da şartın, unsurdan nasıl bir ibareyle ayrılacağını açıklayan bir hükme kanunda yer verilmesi gerekir[550]. Bir hususun şart mı yoksa unsur mu olduğu hakkında tereddüt bulunduğu takdirde, sanığın lehine hareket edilerek, neticeden failin suçtan sorumlu tutulabilmesi için ayrıca kusurluluk aranacağından, suçun unsuru olduğu tercih edilmesi gerekir[551]. Ayrıca cezalandırılabilme şartları istisna olup, tereddüt söz konusu olduğunda genel ilkelerden hareketle kural olan suçun unsuru kabul edilmelidir[552].

Cezalandırılabilme şartları, suç siyasetine ilişkin birtakım düşüncelerle ceza verme alanını daraltan, istisnai bir fonksiyon üstlenir. Bu şartlar, failin kişiliği ile ilgili olmayan, suçun unsurları dışında kalan, suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardır. Cezalandırılabilme şartları, suçun unsurlarından sonra veya en azından suçun unsurları ile birlikte gerçekleşebilir[553]. Bu şartlar, suçun unsuru olmamalarına karşın tipiklikteki bir unsur gibi görünürler, maddi ceza hukuku ve suç organizmasına dâhildirler[554]. Şart ne haksızlık ne de kusur içerisinde yer almaktadır; cezalandırılabilirliğin bir koşulu olarak kabul edilirler[555]. Kişinin haksızlık teşkil eden hareketinin cezalandırılmasını mümkün kılan objektif bir niteliğe sahiptir. Objektif nitelikte olmaları sebebiyle, suç teşkil eden fiille doğrudan doğruya ilişkide bulunmalarına karşın kusurluluğun kapsamı içerisinde değildirler. Bu açıdan şart ile unsur arasındaki en önemli fark kusurluluktur, yani

---

549 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 226; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 296.
550 Kunter s. 227; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 297.
551 Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 297; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 169; Nevzat Toroslu, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 708; Kangal, "Cezalandırılabilirliğin …", s. 152; Ersan, "Halkı kin …", s. 84.
552 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 227.
553 Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 294, 295; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 216; Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 387.
554 Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 319.
555 Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 169; Kangal, "Cezalandırılabilirliğin …", s. 152

failin şarta yönelik kusurunun aranmamasıdır. Kişi, şartı istesin veya istemesin, öngörsün veya öngöremesin objektif bakımdan gerçekleşmesi zorunlu ve yeterlidir. Suçun maddi unsurlarının gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesi gerekliliğinden farklı olarak cezalandırılabilme şartları, kastın bilme unsuruna dâhil olmadığından somut olayda gerçekleştiğinin bilinmesine ihtiyaç yoktur. Ayrıca kişinin bu şartlara yönelik yanılma durumları da dikkate alınmayacaktır[556].

Cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi ile dış dünyada çoğu zaman değişiklik, yani netice meydana gelir. Ancak buradaki neticeyi, suçun maddi unsuru olan neticeden ayırmak için şart-netice veya sadece cezalandırılabilme şartı; suçun unsuru olan netice için de unsur-netice ifadesinin kullanılması uygun olacaktır. Zira şart-netice (cezalandırılabilme şartı) ile suçun maddi unsuru olan netice (unsur-netice) farklı hükümlere tabidir[557]. Maddi unsurlardan olan hareket ile netice arasında olduğu gibi bir suçun cezalandırılabilmesi için gerçekleştirilmesi şart edilen neticeye (şart-netice), maddi unsurlardan olan hareketin sebep olmasının gerekip gerekmeyeceği tartışmalı başka bir konudur[558]. Cezalandırılabilme şartı ile failin hareketi arasında illiyet bağının gerekip gerekmediği konusunda çözülmesi gereken sorun, hareket ile şart arasında illiyet bağının bulunmaması hâlinde şartın gerçekleşmiş sayılıp sayılmayacağıdır. Hareket olmadan dahi şart ortaya çıkacak ise hareket ile şart arasında illiyet bağı mevcut değildir. TCK m. 216/1'de geçen; *"bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde"* ifadesinin yer alması dahi illiyet bağının arandığını göstermektedir. Madde metninde açıklık olmayan durumlarda da yine aynı neticeye ulaşılmalıdır. Çünkü kişinin hareketi olmadan dahi ortaya çıkacak bir şart-neticeden sorumlu tutulması hukuk ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Aynı şekilde failin cezalandırılmasını şarta bağlı tutmaktaki neden de hareket ile şart arasında illiyet bağının bulunmasını gerektirmektedir. Şöyle ki kanun koyucu haksızlık teşkil eden bir fiilin cezalandırılması hususunda tereddüt ettiği zaman cezalandırılabilme şartlarına başvurmaktadır. Fiilin cezayı gerektirecek kadar zararlı veya tehlikeli olduğunun,

---

556 Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 155; Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 209, 211; Soyaslan, **Ceza Hukuku …**, s. 526; Toroslu, "Objektif Cezalandırılabilirlik …", s. 705; İlhan Üzülmez, Ahmet Hulusi Akkaş, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", **EÜHFD**, C. II, S. 1-2, Kayseri 2007, s. 72, 73.

557 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 222.

558 Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 204, 205.

ancak bir başka netice ortaya çıkarmasıyla anlaşılacağı hallerde cezalandırılabilme şartı denilen bu başka neticelerin gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu nedenle cezalandırılabilme şartı ile hareket arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Ayrıca bu konuda şart-netice ile unsur-netice arasında fark olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Çünkü failin kusurluluğunun kapsamında olup olmamasına göre bu iki neticenin aynı olmadıkları zaten belirlidir. Şart ile hareket arasında illiyet bağının bulunması gerektiği için cezalandırılabilme şartının fiilden önce gerçekleşmesi mümkün değildir[559]. Dolayısıyla TCK m. 216/1'de öngörülen tehlikenin, kin ve düşmanlığa tahrik içeren fiilden önce meydana gelmesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

2.3.2. Hukuki Niteliği

Doktrinde yazarların bir kısmı somut tehlike suçlarında, işlenen tipe uygun fiilin yöneldiği konu üzerinde somut bir tehlike meydana getirmesini suçun bir unsuru değil, cezalandırılabilme şartı olarak değerlendiklerinden TCK m. 216/1'de yer alan tehlikeyi cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmektedirler[560]. Bu görüşe göre, somut tehlike suçlarında tipe uygun fiilin işlenmesiyle başlı başına bir haksızlık oluşur. Yani haksızlığın oluşumu için işlenen fiilin yöneldiği konu üzerinde somut bir tehlikeye sebebiyet vermesine ihtiyaç duyulmaz. Bu tür fiiller dolayısıyla kişinin ceza yaptırımına maruz kalması, ancak somut bir tehlikenin ortaya çıkması durumuna bağlıdır. Dolayısıyla somut tehlikenin oluşumu bu suçlar açısından cezalandırılabilme şartı olarak görülmelidir[561]. Halkın belirli özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi başlı başına bir haksızlık oluşturur. Bunun yanında somut tehlikenin, yani açık ve yakın tehlikenin meydana gelmesi hâlinde failin cezalandırılabilmesi mümkün olacaktır[562].

---

559 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 208-210, 218.

560 Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 121, 377; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 671; Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 210; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 590; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6070; Kangal, "Cezalandırılabilirliğin …", s. 162; Ersan, "Halkı kin …", s. 84.

561 Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 671.

562 Ersan, "Halkı kin …", s. 84

Bir kısım yazar ise somut tehlikenin suçun bir unsuru olduğunu savunmaktadır[563]. Somut tehlikeyi cezalandırabilme şartı olarak kabul eden görüşü, işlenen fiilin ortaya çıkarttığı somut tehlikenin korunan hukuki değeri ihlal etmesi ile fail arasındaki manevi bağın nazara alınmaması sonucunu doğurduğu için eleştirmişlerdir. Somut tehlikeyi suçun unsuru olduğunu ileri sürenler, TCK m. 216/1'de öngörülen tehlikeyi suçun bir unsuru olarak kabul etmektedir[564]. Ancak bu görüşün savunucuları arasında tehlikenin suçun hangi unsuru ile ilişkilendirileceği hususunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bir yaklaşıma göre, tahrik hareketleri sonucunda kamu güvenliği bakımından ortaya çıkan açık ve yakın tehlike suçun hukuki neticesidir, dolayısıyla bir unsurdur[565]. Diğer yaklaşıma göre, açık ve yakın tehlike, tahrik hareketinin neticesi olmayıp hareketin kendisidir. Zira TCK m. 216/1'deki suç neticeli bir suç değil, sırf hareketten ibaret, neticesiz bir suçtur[566].

"Kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike"nin unsur değil, cezalandırılabilme şartı olduğu görüşüne katılmaktayız. Somut tehlike suçlarında tehlikenin gerçekleşmesi cezalandırılabilme şartıdır. Bu tür suçlarda tipe uygun fiilin işlenmesi ile haksızlık oluşsa da failin cezalandırılabilmesi, ancak somut bir tehlikenin ortaya çıkmasıyla mümkün olacaktır. Dolayısıyla TCK m. 216/1'de failin cezalandırılabilmesi için kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlikenin oluşması gerekir. Bu tehlike ile fiil arasında bir illiyet bağı bulunmasına karşın bu bağın varlığı, failin kusurunun somut tehlikeyi de kapsadığını göstermez. Başka bir deyişle şart-neticenin objektif olarak varlığı cezalandırılabilme için zorunlu olmasına karşın fail ile şart-netice arasında illiyet bağının bulunması objektifliğin zorunlu olmasına engel değildir[567]. Failin hareketi ile şart-netice arasında illiyet bağının varlığı cezalandırılabilme şartının fiile yabancı sayılmasını engeller. Cezalandırılabilme şartları fiilin niteliğini açıklar[568]. Bu bağlamda TCK m. 216/1'de, failin kusurunun kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlike meydana getirmeye yönelik olmasına gerek yoktur. Zira ortaya çıkabilecek açık ve yakın

---

563 Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 61; Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 275; Daragenli, **Tehlike Suçları**, s. 48.
564 Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 274; Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında …**, s. 126.
565 Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 274; Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında …**, s. 125, 126.
566 Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 274, 275.
567 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 202, 204.
568 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 195, 197.

tehlike, failin kastı veya failin bu tehlikeyi isteyip istememesi dışında kalan, üçüncü kişilerce gerçekleştirilebilecek bir durumdur. Burada failin ortaya çıkan somut tehlikede kusuru bulunsun veya bulunmasın işlediği fiilden dolayı ceza yaptırımına maruz kalması, suçun ihdas amacının bir gereğidir.

TCK m. 216/1'deki suç somut tehlike suçu olup, neticeli bir suç değildir, sırf hareket suçudur. Buradaki açık ve yakın tehlike, korkulan zarar veya şart-netice ihtimalidir; yoksa kamu güvenliğinin gerçekten bozulması şeklindeki bir zararın veya neticenin kendisi değildir[569]. Bu nedenle suçta öngörülen bu tehlikeyi suçun neticesi olarak kabul etmek mümkün görünmemektedir. Ayrıca failin tahrik içeren hareketini, suçun unsurlarıyla veya unsurlarından sonra ortaya çıkabilecek açık ve yakın tehlikeyle birlikte failin hareketinin kendisi olarak kabul eden yaklaşım; hareket, netice, zarar, tehlike kavramları arasındaki farklılık ve ilişkiyle bağdaşmamaktadır. Şöyle ki zarar veya tehlike suçun bir unsuru değildir. Zarar veya tehlike, suçun unsuru olan kişinin hareketinin dış dünyadaki değişikliğini ifade eden maddi netice ile korunan hukuki yarar arasındaki ilişkiye verilen değer hükmüdür. Eğer korunan menfaat kısmen veya tamamen yok edilmiş ise netice zarardır; henüz zarar oluşmamış fakat oluşması muhtemel ise netice, tehlikedir. Menfaat ihlalinin ağır olması dar anlamda zarardır, menfaatin muhtemel ihlali ise tehlikedir[570]. Kanun koyucu menfaat ihlalinin ağırlığında tereddüt ettiği zaman, ihlalin fiilin cezalandırılabilmesini gerektirecek derecede olup olmadığı konusunda kanaat edinmek için başka bir şart-neticenin meydana gelip gelmediğini arar. Korkulan ve şart edilen tehlike (şart-netice) de ortaya çıkmışsa artık tereddüt kalmamış, ihlal cezalandırılma seviyesine ulaşmış demektir[571].

İnceleme konusu suçta objektif cezalandırılabilme şartı olan "kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike"yi irdelemeden önce "kamu düzeni", "kamu güvenliği" ve bunlarla ilgili kavramlar ile "açık ve yakın tehlike" koşulu üzerinde durulacaktır.

---

569 Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 134.
570 Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 117, 118, 126.
571 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 197.

2.3.3. Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve İlgili Kavramlar

Kamu düzeni, özelliklerinin tespitinde güçlükler ihtiva eden bir kavramdır. Kavram, ülkelerin toplumsal yapılarına, tarihsel geçmişlerine, siyasal durumlarına, geleneklerine göre değişiklik gösterebilmektedir. Böylelikle kamu düzeninin kapsamı genişlemekte veya daralmakta yahut başka biçimlere bürünebilmektedir. Demokratik bir ülkedeki kamu düzeni anlayışı ile totaliter rejimle idare edilen bir ülkedeki kamu düzeni anlayışı aynı olmayacaktır. Bir ülkede kamu düzenini etkilemeyen çeşitli eylemler, başka bir ülkede kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet verebileceğinden, her ülkenin kamu düzenini koruması için farklı tedbirleri gerektiren özellik ve gerçekleri olacaktır[572].

Kamu düzeni; kamu güvenliği, kamu sükûnu (huzuru) ve kamu sağlığı alt kategorilerini içerir[573]. Kamu güvenliği, insanların veya toplulukların yaşayışlarına zarar verebilecek beşeri veya tabii tehlikelere karşı korunmasını; kamu sükûnu, toplumda düzensizlik ve karışıklığın baş göstermemesini, toplum hayatının olağan hâlinde sürdürmesini; kamu sağlığı ise toplum sağlığının hastalık tehlikelerine karşı korunmasını ifade etmektedir[574].

Geniş anlamda kamu düzeni, toplumun siyasal ve sosyal yapısını da kapsamaktadır. Bu manada devlet içindeki idari organlar, yargı organları, toplumdaki ekonomik, sosyal ve kültürel örgütler de kamu düzeni içinde yer aldıkları gibi aralarındaki ilişkiler de kamu düzeninin birer parçasıdır[575]. Bu arada geniş anlamda kamu düzenini, ilişkili olduğu hukuk düzeni kavramı ile karıştırmamak gerekir. Hukuk düzeni, normlar ile kurumlar sistemini ve dolayısıyla hukuki hayatın tüm görüntülerini kapsayan ve kamu düzenini de içine alan daha geniş bir kavramdır. Dolayısıyla hukuk düzeni geniş anlamdaki kamu düzeni kavramına yakındır[576]. Ceza kanunlarında yer alan suçların, geniş anlamda kamu düzenini bozduğu ya da bozma tehlikesini ortaya çıkardığı için ihdas edildiği söylenebilir. Dar anlamda kamu düzeni ise geniş anlamdaki kamu düzeninin bir parçasıdır ve ceza kanunlarının kamu düzeni

---

572 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 90.
573 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 91; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 209.
574 Tanör, **Siyasi …**, s. 138, 139; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 92.
575 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 96.
576 Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 3; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 95, 96; Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi …**, s. 350.

aleyhine işlenen suçlar bölümüne bakılmak suretiyle toplumun yalnız maddi düzenini koruması anlamına geldiği çıkartılabilir[577]. Bu anlamdaki kamu düzeninin, halkın dirliğinde, güvenliğinde ve sağlığında somutlaştığını ve bu açıdan genel ölçüt niteliğinde, sınırlı bir kamusal yönünün bulunduğu ifade edilebilir. Bu açıdan dar anlamda kamu düzeni kamu güvenliğini kapsayan bir kavramdır.

Kamu düzeni içeriği itibariyle bu kadar değişken olmasına karşın yine de değişmeyen bir özü vardır. Bu da toplum hayatında karışıklığın, kaba kuvvetin ve anarşinin varlık göstermemesi, aksine yaşamın normal ve doğal akışı içinde sürmesi, belli bir düzenliliğin ve barışın hâkim olmasıdır[578]. Toplumsal hayatta insanların güvenli, huzurlu ve sağlıklı biçimde yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan asgari koşulların yerine getirilmesi kamu düzeni kapsamındadır[579]. Kamu düzeninin buradaki amacı, iç huzurun güven altında tutulması, hukuk güvencesinin tesis edilmesidir. Şu hâlde kamu düzeni, toplumun huzur ve güvenlik içinde yaşamasını ve gelişmesini sağlayan düzenin bütünüdür[580]. Kısaca kamu düzeni, insanların toplu hâlde yaşamasını sağlayan iç barış olduğuna göre, toplumsal hayatta karışıklığın ve düzensizliğin olmaması kamu düzeninin sağlandığı manasına gelecektir[581].

Kamu düzeni ile belli bir siyasi ve sosyal hukuk düzeninin, düzensizliklere karşı korunması hedeflenmektedir[582]. Burada söz konusu olan toplumun maddi düzenidir. Bir bakıma herkese açık olan yerlerdeki düzendir. Dolayısıyla kamu düzeni kişinin toplumla olan ilişkileriyle ilgilenmekte, kişilerin manevi dünyaları, vicdani duyguları ve özel hayatları ile ilgilenmemektedir[583]. Yargıtay da bir kararında kamu düzenini; *"Amme nizamı, toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünüdür. Başka deyimle, kamu düzenine karşı işlenen cürümler huzur ve güvenliği tehlikeye koyabilen suçlardandır."* diyerek benzer şekilde ifade etmiştir[584].

---

577 Önder, **Türk Ceza …,** s. 373-375.
578 Tanör, **Siyasi …**, s. 137, 138; Fazıl Hüsnü Erdem, "TCK'nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi", **AÜHFD**, C. 52, S. 1, Ankara 2003, s. 38.
579 Erdem, "Düşünce Özgürlüğü …", s. 32.
580 Y 8. CD, 22.6.2004, 2930/5686 (Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza …,** s. 3231)
581 Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. III**, s. 534.
582 Sunay**, Avrupa …,** s. 84.
583 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …,** s. 89.
584 Y 8. CD, 18.6.1974, 1974/2 E, 1974/2 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …,** s. 3018).

Kamu düzenini bozucu faaliyetler geçici bir süre için ortaya çıkar ve devamlılık göstermez. Ayrıca bu faaliyetler ülke yönünden bütüncül değil, bölgesel nitelik taşır. Kamu düzenini bozan faaliyetlerin devamlılık göstermesi veya ülke yönünden bütünsellik arz etmesi durumunda, bu defa bir üst kavram olan "ulusal güvenlik" ortaya çıkmaktadır. Ulusal (milli) güvenlik, devletin, bağımsızlık ve bütünlüğüne yönelik iç ve dış tehdit ve tehlikelerden korunması olarak açıklanabilir[585]. Kamu düzeni, milli güvenliğe göre daha dar bir kavramdır. Sadece halkın değil, ülkenin ve yerleşmiş düzenin devamına yönelik, ekonomik, siyasi ve hukuki normlarla çatışan her olgu, ulusal güvenlik kavramını ilgilendirmektedir. Ulusal güvenliği bozan her olgu aynı zamanda kamu düzenini de bozmakta ise de kamu düzenini bozan her olgu ulusal güvenliği bozucu mahiyette olmayabilir. Ancak kamu düzeninin kapsamını belirlemek, milli güvenlik kadar kolay değildir. Bunun yanında ulusal güvenlik, kamu düzenini de kapsayan daha üst bir kavram olduğuna göre, ulusal güvenlik kavramının da ülkelere göre farklılık göstermesi mümkündür.

Kamu düzeni ve bunun bir kategorisi olan kamu güvenliği kavramları gerek uluslararası hukuk belgelerinde ve gerekse anayasalarda olmak üzere özgürlükleri sınırlamanın temel sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir. Ancak bu kavramlar, baskıcı rejimlerde yönetim biçiminin korunması ve devamı açısından hukuki bir mücadele aracı olarak da kullanılabilmektedir. Oysa bu kavramların, demokratik rejimlerde, çatışan özgürlükler arasında uzlaşmayı sağlayan, toplumsal barış ve bütünlüğe hizmet eden bir fonksiyon üstlenmesi gerekmektedir[586].

Demokratik rejimlerde çoğunluğun yönetim hakkına sahip olması, muhalefetin ise gelecekte çoğunluk hâline gelebilmesi şansına sahip olması fikri hâkimdir. Bu rejimlerde, muhalefeti bastırarak serbest bir tartışma ortamının sağlanması pek öngörülebilir bir durum değildir. Kamusal tartışma ancak özgür eleştiri ve meşru muhalefet sayesinde mümkündür. Bunun için iktidardaki çoğunluğa karşı muhalefet edebilme özgürlüğünün bulunması gerekir[587]. Kamu düzenini veya güvenliğini koruma gerekçesi altında, belli bir siyasi görüşün dokunulmaz kılınması veya korunmaya değer görülmesi, özgürlükleri sınırlayıcı bir mekanizmaya

[585] Sunay, **Avrupa …,** s. 83.
[586] Erdem, "TCK'nın 312. Maddesinin …", s. 41, 42.
[587] Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 180.

dönüşebilecek ve çoğulcu demokratik yapıya zarar verebilecektir. Bu itibarla kamu düzeni veya güvenliğinin korunmasında amaç, belli bir siyasi görüşün dokunulmazlık zırhına bürünmesi, değiştirilmemesi, tenkit ve tartışmalara konu olamaması değil, toplum hayatında karışıklığa, kaosa, şiddete yol açacak faaliyetlerin önüne geçilmesidir. Kısaca kamu düzeninin sağlanması ile belli bir ideoloji değil, var olan sosyal ve hukuki düzen korunmaktadır[588].

Bir yandan çekirdek özgürlük olarak kabul edilen ifade özgürlüğünün güvence altına alınması, diğer yandan bütün özgürlüklerin kullanımının asgari koşulu olan kamu güvenliğinin korunması zorunluluğu karşısında bu değerlerden biri diğerine feda edilmeden, her ikisinin uzlaştırılması ve birlikteliğinin sağlanması gerekmektedir. Yargıtay da söz konusu değerlerin uzlaştırılması gerekliliğine vurgu yapmaktadır[589]. Değerlerin uzlaştırılması için her iki değer arasında karşılıklı sınırlama ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Bu yapılırken ifade özgürlüğünü işlevsiz hâle getirecek bir anlayış benimsenmemelidir. Çünkü insan haklarına dayalı demokratik bir toplumun "olmazsa olmaz" koşulu olan ifade özgürlüğü, korunması gereken değerlerin başında yer almaktadır. "özgürlüklerin esas, sınırlamanın istisna olduğu" ilkesinin gereği olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, ancak kamu düzeni açısından zorunluluk arz ettiği takdirde başvurulması mümkün bir tedbir olmalıdır[590].

Kamu düzeninin sağlanmasıyla kendine özgü varlığı, yapıları, fonksiyonları ve yükümlülükleri bulunan devletin, anayasa ve yasalarla sınırları belirtilen düzeninin korunması birbiriyle karıştırılabilmektedir[591]. Devlet düzeninin korunması bir toplumda devletin varlığını sürdürebilmesi yönünden gerekli ise de bu koruma, siyasi iktidara istediği düzenlemeleri ve sınırlamaları yapabilmesi olanağını vermemektedir. Siyasal iktidarın sınırlarını öncelikle anayasalar belirlemektedir.

---

588 Erdem, "TCK'nın 312. Maddesinin …", s. 50.

589 "Elbette temel hak ve özgürlükler gereklidir. Bu çağımızın tartışılmaz bir gerçeğidir. Ancak bir gerçek daha var; sınırlama ve kısıtlama. Çünkü kısıtlama ve sınırlama olmadan toplumsal bir hayat, dirlik ve düzen sağlanamaz. Öyleyse yapılacak ilk iş, düzenle özgürlük arasında makul bir denge kurmak olmalıdır. Zira ne kadar değerli olursa olsun, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumda tek değer değildir. Bu yüzden kamu düzeni, genel ahlak, milli güvenlik, başkalarının hak ve şerefi gibi değerlerle çatıştığında bir uzlaşmanın saptanması gerekir.", Y 8. CD, 22.6.2004, 2004/2930 E, 2004/5686 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4391).

590 Sunay, **Avrupa …**, s. 73, 74; Erdem, "TCK'nın 312. Maddesinin …", s. 43.

591 Erdem, "TCK'nın 312. Maddesinin …", s. 62; Çetin Özek, **Devlete Karşı Suçlar**, İÜHFY, İstanbul 1977, s. 26.

Diğer taraftan anayasalar içerisinde yer alan kişi özgürlükleri sistemi de devletin siyasal yapısını oluşturmaktadır[592]. Demokratik bir sistemde bulunması zorunlu olan kişi hak ve özgürlükleri, devletin korunması amacının belirleyici bir unsuru olmaktadır. Bu bakımdan devletin korunması amacı ile ifade özgürlüğünün sınırlanması arasında denge kurulabilmesi önemli bir konudur. Aksi hâlde denge kurulamadığında demokratik sistemin niteliği bozulacaktır[593].

Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge temeline dayalı ayrımcılık yapılarak kin ve düşmanlığa tahrik edilmesiyle kamu güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ve hatta tahrikin eyleme dönüşmesi ihtimalinde kamu güvenliğinin bozulması söz konusu olabilir. Devlet, kamu ve bireyler için zarar ortaya çıkmadan tehlikeli durumlarda önleyici tedbirler alabilir ve cezai yaptırımlar öngörebilir. Bu mantıkla TCK m. 216/1 ile kamunun ve bireylerin korunması, yani kamu barışının sağlanması amaçlanır[594]. TCK m. 216/1'de korunmak istenen değer kamu barışı olması gerekirken, uygulamada kamu düzeninin ögesi olan kamu güvenliğine yönelik ihlallerden ziyade devlet düzenine yönelik ihlallerin bu suçla karşılandığına rastlanabilmektedir[595]. Bu suç ile korunan hukuki değer devlet düzeni değil, kamu barışıdır[596]. Kaldı ki suçun hareket unsuru içerisinde, halkı devlet tüzel kişiliğine karşı kin ve düşmanlığa tahrik bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla devlet düzeni aleyhine olan suçların düzenleniş yerleri (koruduğu hukuki yararlar) ve unsurları farklı olduğundan bu bölümde değerlendirilmesi gereken bir suçun, kamu barışı aleyhine düzenlenen suçlar bölümünde yer alan TCK m. 216/1 ile cezalandırılması

---

592 Özek, **Devlete Karşı Suçlar**, s. 30.

593 Özek, **Devlete Karşı Suçlar**, s. 42, 43.

594 Şen, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin …", s. 24, 25.

595 "Yazı bütünü itibariyle yöre halkını, etnik köken ve bölge ayrımı gözetilerek, Devlet'e karşı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edecek biçimde özel kasıtla yayımlanmış olduğu ve müsnet suçun unsurları açıkça oluştuğu", Y 8. CD, 10.6.1994, 1994/6163 E, 1994/7188 K, Karar ve eleştirisi için bkz. Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 136. Buna karşılık Yargıtayın "sözleri bütünüyle değerlendirildiğinde ülkenin toprak bütünlüğünün bozulup bir bölümünde bağımsız kürdistanın kurulması için vaki isyan hareketleri övülüp, bu amaçla sürdürülmesi uğrunda savaş çağırtkanlığı yapıldığı, bölücü terör örgütüne manevi destek sağlamak istendiği anlaşılmış… yayın yoluyla 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesinde hükme bağlanan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ülkesi ve milleti bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan propaganda yapıldığı açığa çıkmıştır. Bu itibarla yayıncı sanığın eyleminin TCK'nın 312/2-3 değil, 3713 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında nitelendirilmesi lüzumundan zühul olunması" şeklinde, devlet düzenine karşı işlenen suçların halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kapsamında değerlendirilmediği kararları da mevcuttur; Y 8. CD, 5.1.1994, 1994/1175 E, 1994/5 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4400, 4401)

596 Erdem, "TCK'nın 312. Maddesinin …", s. 50; Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında …**, s. 83.

gerek kanunilik ilkesi gerekse suçun tipiklik unsuru itibariyle mümkün görünmemektedir.

2.3.4. Açık ve Yakın Tehlike Testi

Halkın bir kısmına karşı kin ve düşmanlığa tahrik fiillerinin, kamu güvenliğini (düzenini) ne zaman ve nasıl bozacağının tespiti hususunda uygulanan testlerden biri, Amerikan Yüksek Mahkemesinin uyguladığı "açık ve mevcut tehlike" testidir. Test ilk kez 1919 tarihli *Schenck/United States* kararında *Yargıç Holmes* tarafından uygulamıştır[597]. Mahkeme testi daha sonra verdiği birçok kararda uygulanmıştır. Özellikle Mahkeme, 1919'dan 1951 yılına kadar baktığı değişik davalarda her seferinde açık ve mevcut tehlike testini yeniden gözden geçirerek farklı uygulamıştır[598]. Ancak testin içeriğinin hep aynı kalmadığı, kararların verildiği dönemlerin sosyal, siyasal vs. koşullarına göre değiştiği gözlemlenmektedir. Şöyle ki soğuk savaş ve komünizmin etkili olduğu dönemlerde teste ifade özgürlüğü aleyhine anlam yüklenmesine karşın liberal eğilimlerin etkili olduğu dönemlerde çoğulcu demokratik esaslara uygun şekilde özgürlükçü içerik kazandırılmıştır[599]. Örneğin soğuk savaşın ve komünizmin hüküm sürdüğü bir dönemde, 1951 yılında verilen *Dennis/United States* kararı ile test, ifade özgürlüğü aleyhine değişikliğe uğratılmıştır. Kararda, ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için tehlikenin açık ve mevcut tehlike olmasa bile yakın bir zamanda, ağır ve ciddi bir zarar meydana getirebilecek muhtemel bir tehlike olması yeterli görülmüştür[600]. Testin bu hâline

---

[597] Kararda, "Fakat her fiil ve hareketin mahiyeti, yapıldığı ahval ve şeraite bağlıdır… Söz hürriyetinin en sıkı müdafaası bile, bir kimsenin tiyatroda yalan yere 'yangın var' diye bağırıp ve panik yaratmasını korumaz… Her davada karşılaşılan ve halli gereken sorun, sarf edilen ifadelerin, Kongrenin (Devletin) mani olmakta haklı ve yetkili bulunduğu ciddi ve önemli zararları oluşturabilecek, açık ve mevcut bir tehlike yaratacak hâl ve şartlar altında kullanılıp kullanılmadığı ile bu tehlikeyi meydana getirici mahiyet taşıyıp taşımadığı meselesidir" denilmiştir. Schenck/United States, 249 US 47 (1919). Karar için bkz. Zühtü Arslan (Der.), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 30, 53; Yusuf Şevki Hakyemez, **Militan Demokrasi ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 72, 73; Öykü Didem Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 100, 101.

[598] Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 111; Hakyemez, **Militan Demokrasi …**, s. 74, 75.

[599] Ömer Korkmaz, **Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2004, s. 292.

[600] Dennis/United States, 341 US 494 (1951). Karar için bkz. Aydın, **Üç Demokraside …**, s. 148, 343; Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ...**, s. 31.

1969 yılında verilen *Brandenbourg/Ohio* kararı ile son verilmiştir[601]. Çağdaş anlamdaki açık ve mevcut tehlike testi bu karar ile oluşturulmuştur. Mahkeme bu karar ile bir adım daha öteye giderek açık ve mevcut tehlike testine göre ifadenin cezalandırılması için kanunsuz eylemi tahrik etmesi şartını eklemiştir. Böylece test ile ifadenin koruma alanı eskiye nazaran genişlemiştir[602].

Hukukumuza ilk kez 2911 sayılı Kanunu'na[603] 26.3.2002 tarihli ve 4748 sayılı Kanun[604] ile yapılan değişiklikle giren "açık ve mevcut tehlike" testi, daha önce 765 sayılı Kanun'un 312. maddesini değiştiren 4744 sayılı Kanun'un değişiklik gerekçesinde kullanılmıştır. TCK'nın 216. maddesi de aynı testi normatif düzenlemeye almıştır. Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesinin kullandığı "açık ve mevcut tehlike" testi, 216. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemede, 4744 sayılı Kanun'un gerekçesinden farklı bir şekilde, "açık ve yakın tehlike" kavramı olarak benimsenmiştir. 216. maddenin gerekçesinde[605] ise hem yakın tehlikenin hem de mevcut tehlikenin bahsi geçmiştir. Hâl böyle iken TBMM Genel Kurulunda 216. madde ile ilgili görüşmelerde "mevcut" sözcüğünün metinde kullanılması yönündeki önergenin kabul edilmemesiyle "açık ve yakın tehlike" ile "açık ve mevcut tehlike" kavramlarının farklı olduğu bir şekilde kabul görmüştür. Gerçekten değişiklik önergesine ilişkin açıklamalarda, "yakın" ve "mevcut" kelimelerinin aynı manaya geldiği belirtilmesine rağmen, *"Zaten, tehlike mevcutsa, suç teşekkül etmiş demektir. Yani, kamu güvenliğinin tehlikeye maruz kaldığı açıktır."* sözleriyle dolaylı biçimde farklılık ortaya çıkmıştır[606].

---

601 Brandenbourg/Ohio, 395 US 444 (1969). Karar için bkz. Hakyemez, **Militan Demokrasi …**, s. 74, 75.

602 Aydın, **Üç Demokraside …**, s. 171; Hakyemez, **Militan Demokrasi …**, s. 75.

603 6.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanun 18.10.1983 tarihli ve 18185 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

604 26.3.2002 tarihli ve 4748 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 9.4.2002 tarihli ve 24721 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

605 "Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir… İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında, 'açık ve mevcut tehlike' kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez."

606 T.C. Adalet Bakanlığı, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005, s. 756-758.

TCK'nın 216. maddesinin TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen birinci fıkrasında[607] "açık ve yakın tehlike" kavramı yer almaz iken Genel Kurulda verilen bir önerge üzerine fıkranın son hâlinin değişiklik gerekçesi, "açık ve mevcut tehlike" kriterini arama bakımından madde ile uyumsuz hâle gelmiştir[608]. Bu gerekçede de belirtildiği üzere uygulanacak kriter "açık ve mevcut tehlike" değil, "açık ve yakın tehlike" olacaktır. Ayrıca gerekçede, Amerikan Yüksek Mahkemesinin uyguladığı "açık ve mevcut tehlike" testinin AİHM kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak, madde metninde ifade özgürlüğünün kapsamını genişletmek amacı ile eklendiğinin belirtilmesi diğer bir uyumsuzluktur. Nitekim AİHM karalarında yukarıda bahsettiğimiz kriterleri uygulamasına karşın "açık ve mevcut tehlike" testini kararlarında kullanmamıştır[609].

Tehlike, soyut ve somut tehlikenin dışında uzak ve yakın tehlike olarak da ayrıma tabi tutulmuştur. Yakın tehlike, zarar ihtimalidir. Uzak tehlike ise zarar imkânıdır. Ayrıca tehlike, geçmiş, mevcut ve gelecek tehlike şeklinde de ayırt edilmiştir. Tehlike gerçekleşmişse geçmiş; henüz gerçekleşmemişse mevcut; tehlikeyi oluşturan şartlar henüz mevcut olmayıp korku gibi sübjektif bir durum söz konusuysa gelecek tehlikedir[610]. Açık ve yakın tehlike testinde nitelenen tehlike ise soyut ihtimaliyet dışında, bir taraftan ciddi ve somut olacak, diğer taraftan "açık" ve "yakın" olacaktır[611]. Bu testte açıklık, tehlikenin şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya çıkmasını; yakınlık ise düşünce açıklamasının zarar yaratma olasılığının kaçınılmazlık derecesinde yüksek olmasını ifade etmektedir[612]. Teste göre ifade özgürlüğünün sınırlanması, yapılan açıklamanın, belli zaman ve durumda, kamu

---

607 "Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kamunun güvenliği için tehlikeli tarzda kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

608 Bu değişiklik önergesinin gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: "Ülkemizde ifade özgürlüğünün genişletilmesi süreci ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak, madde metninde ifade özgürlüğünün kapsamını genişletmek amacı ile 'açık ve yakın' tehlike koşulu eklenmiştir. Buna göre, söz konusu suçun oluşabilmesi için, işlenen fiil nedeni ile kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Açık ve yakın tehlikenin belirlenmesinde hâkimin böyle bir durumun ortaya çıktığına dair somut olguların varlığına ilişkin dayanak noktalarını tespit etmesi ve bunları kararında göstermesi zorunludur.", T.C. Adalet Bakanlığı, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, s. 757-759.

609 Lawson, "İfade Hürriyetini …", s. 262.

610 Akt. Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 130, 131. *Kunter*, zarar imkânını değil, zarar ihtimalini tehlike kavramı içinde değerlendirdiğinden uzak tehlikeyi tehlike olarak saymamaktadır. Kunter, **Suçun Maddi …**, s. 131.

611 Tanör, **Siyasi …**, s. 141.

612 Korkmaz, **Düşünce Özgürlüğü …**, s. 294; Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ...**, s. 30.

düzeninde normal çalkalanma ve huzursuzlukları aşacak biçimde önemli bir rahatsızlığa, ciddi ve somut bir zararın açık ve yakın tehlikesine neden olması hâlinde mümkündür[613].

İnceleme konusu suç bakımından tahrik edilen kesimin gruplar hâlinde toplanması veya yürüyüşler yapması tehlikeyi somutlaştıran olgular olduğu ve bu durumun tehlikenin açıklığını gösterdiği ileri sürülmüştür. Buna göre, tahrik edilen kesimdeki toplanmaların, ortaya konan düşünce ve söylemlerin bir infial meydana getirme hâlinin ise tehlikenin yakınlığını gösteren işaretler sayılabilecektir[614].

Açık ve yakın tehlike testi, ifade özgürlüğünün sınırının tespitinde uygulanan bir testtir[615]. İfade özgürlüğünün keyfî bir şekilde sınırlanmasını önlemek için "tehlike" bu test ile nitelendirilmiştir. Test, ifade özgürlüğüne geniş serbesti alanı getirmekte, düşüncenin düşünce olarak kaldığı, toplumda açık ve yakın tehlike yaratmadığı sürece cezalandırılmasının önüne geçmektedir[616]. Testten çıkan, her olayda gözetilmesi gereken iki hususun bulunduğudur. Bunlardan biri, kullanılan ifadelerin, nitelik ve o anki şartlar itibariyle açık ve mevcut tehlike yaratıp yaratmadığıdır. İkincisi ise devletin bu tehlikeyi önleme hakkına sahip olup olmadığıdır. Söz konusu tehlike ortaya çıkmış ve koşullar itibariyle devlet bu tehlikeyi önleme hakkına sahipse ifade özgürlüğü alanından çıkılmış ve devletin cezalandırma yetkisi doğmuştur[617].

Halkın bir kısmına karşı kin ve düşmanlığa tahrik fiilleri ile kin ve düşmanlık saikiyle işlenen şiddet fiillerine yönelik cezai yaptırımların anayasal sınırlarının belirlenmesinde test, önemli bir fonksiyon üstlenmektedir[618]. Düşüncenin açıklanması ile bu fiiller (tahrik veya şiddet fiilleri) arasında nedensellik bağının yanında açık ve yakın bir tehlikenin bulunması hâlinde ifade özgürlüğünün

---

613 Korkmaz, **Düşünce Özgürlüğü …**, s. 293, 294; Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ...**, s. 30, 31.
614 Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3594.
615 Mahkemeye göre, şana, şöhrete, namusa yönelik sarf edilen hakaretler, müstehcen söz yazılar gibi açıklandığı anda yasak kapsamına girecek, ayrıca açık ve mevcut tehlikenin bulunması aramayacaktır. Zira bunlar ifadeden sayılmazlar. Beauharnais/İllinois, 343 US 250 (1952). Karar için bkz. Tanör, s. 58, 60.
616 Tanör, **Siyasi …**, s. 59, 60.
617 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 111.
618 Aydın, **Üç Demokraside …**, s. 328.

sınırlanması mümkün olacaktır. Bu hususların tespiti mahkemelerce yapılacaktır[619]. Testin TCK m. 216/1'deki suç açısından normatif bir düzeyde bulunması karşısında, kamu düzeni ve güvenliği sorunsalında ifade özgürlüğünün sınırlarının tespitinde mahkemelerce somut olaya uygulanması gerekmektedir. Böyle bir durumda testle ilgili olarak aşağıdaki koşulların[620] bir arada bulunup bulunmadığına bakılmalıdır[621]:

a. İfadenin açıklandığı an hâl ve koşulların, potansiyel olarak tehlikeli olması,

b. İfade sonucunda ciddi bir zararın çıkacağı yönündeki korkunun, "Aşırı derecede ciddi" olması,

c. Zararın meydana çıkacağı korkusunun makul gerekçelere dayanması,

d. Tehlikenin yakınlık derecesinin yüksek olması,

e. Tehlike ile ifade arasında nedensellik bağı olması,

f. İfade özgürlüğünün ancak ciddi zararların söz konusu olduğu zamanlarda sınırlamaya tabi tutulması,

g. İfade özgürlüğüne müdahale için zorlayıcı acil bir durumunun bulunması.

2.3.5. Kamu Güvenliği Açısından Açık ve Yakın Tehlikenin Ortaya Çıkması

TCK m. 216/1'de failin cezalandırılabilmesi için kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin soyut ihtimale değil, somut olgulara dayanması gerekir[622]. Başka bir ifadeyle, fiilin işlenmesiyle somut bir tehlike oluşmalıdır[623]. Ancak somut

---

619 Teziç, "Türkiye'de Siyasal Düşünce …", s. 36, 37.

620 Bu koşulların bir kısmı Whitney/California, 274 US 357 (1927) davasında açıklanmıştır. Karar için bkz. Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ...**, s. 78; Aydın, **Üç Demokraside …**, s. 106, 107.

621 Korkmaz, **Düşünce Özgürlüğü …**, s. 299; Tanör, **Siyasi …**, s. 59, 60; Hakyemez, **Militan Demokrasi …**, s. 73, 74; YCGK, 15.3.2005, 2004/8-201 E, 2005/30 K (Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6109).

622 "… bir düğün sırasında, 'oy Kürdistan, Kürdistan adı ne kadar tatlı, dünya âlem biliyor, biz savaş yapıyoruz senin için' şeklinde sözler içeren Kürtçe şarkı söyleyen sanığın bu eyleminin şarkının söylendiği ortam ile türkücü olan sanığın etkinliği, düğünün bir olay meydana gelmeden sona erdiği gözetildiğinde kamu güvenliği açısından açık, yakın ve somut bir tehlikenin saptanamaması karşısında, suçun unsurlarının oluşmadığı… soyut tehlikeden ve sanığın eylemi ile bağlantısı belirlenemeyen terör olaylarından bahisle yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması", Y 8. CD, 28.12.2011, 2011/14850 E, 2011/18205 K (Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3596).

623 Konuya ilişkin olarak TCK m. 216'nın gerekçesinde; "Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi, gerekir. Hâkim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir" ifadeleri kullanılmıştır. "Sanığın… kin ve

olgulara dayanan bu tehlikenin, bireysel tepki boyutunu aşıp kamu güvenliğini ihlal edecek boyuta ulaşması gerekir. Tahrik içeren fiil, kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlike teşkil etmiyorsa kişi, bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. Başka bir ifadeyle kin ve düşmanlık yaratacak tarzdaki bir tahrik alenen yapılmış olsa bile tehlike somut bir biçimde oluşmamışsa bu suç nedeniyle kişinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır[624].

Tahrik fiilleri günün koşulları itibariyle kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın tehlike yaratmaya uygun ve elverişli olmalıdır[625]. Fakat kamu güvenliğinin fiilen ihlal edilmesine, başka deyişle kamu güvenliğinin gerçekten bozulmasına gerek yoktur. Kamu güvenliğinin bozulması konusunda açık ve yakın bir tehlike meydana gelmelidir[626]. Açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığı dayanak noktaları belirtilmek suretiyle somut verilerle tespit edilmelidir. Bu yapılırken tahrik fiillerinin yer aldığı konuşma metni, fikri eser vs.nin bir kısmı değil, bütünü ele alınıp değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay da davaya konu edilen metinleri bir bütün olarak değerlendirip buna göre karar vermektedir[627].

Tahrikin kamu güvenliği için tehlike arz edip etmediği belirlenmesi gereken bir husus olmakla birlikte bunun nasıl tespit edilmesi gerektiği ayrı bir konudur. Bu konuda tahrikle bahsi geçen tehlikenin oluşup oluşmadığının objektif olarak aranması gerektiğini ifade edenler olduğu gibi sadece sübjektif açıdan

---

düşmanlığa tahrik ettiği; nefret yayan, çatışmaya kışkırtan ve şiddet kullanmaya davet eden bu ifadelerin duyarlı durumda bulunan bir topluluk önünde sarf edilmiş olması sebebiyle kamu düzeni için somut bir tehlike oluşturması", Y 8. CD, 29.6.2004, 2004/6702 E, 2004/5969 K (Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4391).

624 Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 256; Tanör, **Siyasi …**, s. 141; Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4352; Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3583; "Sanığın 'Kerkük'te yaşayan Kürtlerin elde ettiği siyasi kazanımlarının korunması gerektiği, bu bölgeye yapılacak bir müdahalenin Irak'ın iç işlerine karışmak anlamına geleceği gibi Türkiye'de yaşayan Kürtlerin demokratik hak taleplerine ilişkin duyarlılıklarının da bundan olumsuz etkileneceği' kanaatiyle yaptığı… açıklamalarının ifade özgürlüğü kapsamında siyasi görüş açıklamaları niteliğinde bulunup sanığa yüklenen suçun somut tehlike suçlarından olması, sanığın söz ve davranışlarının neden olduğu kamu güvenliği yönünden açık ve somut bir tehlikenin saptanamaması karşısında suçun unsurlarının oluşmadığı", Y 8. CD, 20.6.2011, 2008/17975 E, 2011/5214 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

625 Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce ...", s. 30; Özgenç, "Düşünceyi Açıklama …", s. 191; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6108.

626 Ersan, "Halkı kin …", s. 82.

627 "Davaya konu bildiri bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, içeriği itibariyle toplumda hiçbir tepki meydana gelmediği, açık ve yakın bir tehlikenin mevcut olmadığı, bu nedenle ifade özgürlüğü kapsamında kalıp… TCK'nın 216. maddesindeki tanımlanan suçun unsurlarının oluşmadığı", Y 8. CD, 4.6.2012, 2010/12318 E, 2012/18956 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

değerlendirilmesini savunanlarda bulunmaktadır. Bunların dışında söz konusu tespitin hem objektif hem de sübjektif açıdan değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler de vardır[628].

Objektifliği savunan görüşe göre tahrik fiilleri, birbirine karşı tahrik edilen halk kesimleri arasında çatışma tehlikesi meydana getiriyorsa artık kamunun güvenliği için açık ve yakın tehlike oluşmuştur. Katıldığımız sübjektifliği esas alan görüşe göre ise tahrikin kamu güvenliğine yönelik olarak tehlike oluşturup oluşturmadığının tespitinde tahrik neticesi, suçun mağduru olan halk kesiminin hukuka olan güveninin sarsılmış olup olmadığına bakılmalıdır. Buna göre, tahrik edilen halk kesiminin diğer halk kesimi üzerinde harekete geçileceği konusunda haklı bir korku ve endişe yaratılmışsa mağdur halk kesiminde hukuka olan güven sarsılmış demektir. Çünkü hukuk devleti olmanın topluma sağladığı hukuk güvenliğinin sarsılmış olması, kamunun güvenliği bakımından gerçekleştirilmiş olan tehlike hâlidir. Ancak böyle bir tehlikenin fiilen gerçekleşmiş bulunması aranmaz, meydana geleceğinin tespit edilmesi yeterlidir[629].

Yargıtayın, 765 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarında genel itibarıyla fiilin objektif olarak kamu güvenliği için tehlike arz etmiş olması, suçun oluşumu bakımından yeterli görülmüştür[630]. Örneğin bir kararında, nefret saçan veya şiddete davet eden yahut şiddet kullanmayı özendiren ifadelerin kamu düzeni için somut tehlike oluşturduğunu belirtmiştir[631]. Yargıtay, TCK m. 216/1'in yürürlükte olduğu dönemde verdiği kararlarında ise genel olarak, tahrikin kamu güvenliği için açık ve yakın tehlike oluşturup oluşturmadığını subjektif açıdan aramıştır[632].

---

628 Önder, **Türk Ceza …**, s. 417.

629 Önder, **Türk Ceza …**, s. 417; Gündel, **Yeni Türk Ceza …**, s. 4352.

630 "Tahrikin, umumun emniyeti için tehlikeli tarzda olması demek, işlenen tahrik fiil ve hareketlerinin ülkenin kamu düzenini ve kamu güvenliğini bozabilecek mahiyette bulunması demektir. Tahrik neticesinde, umumun emniyetinin tehlikeye düşmüş veya bozulmuş olması gerekmez. Bu tehlikenin meydana gelebilmesi yeter sayılır. Suçun bu şeklinin maddi unsuru cemiyetin türlü sınıflarını birbirine karşı düşmanlığa tahrik etmektir. Buradaki anlamıyla düşmanlığa tahrikten maksat ülkenin kamu güvenliğini ve düzenini tehlikeye düşürebilecek mahiyette fiilleri icra eylemektedir. Bu hususta önemli olan, tahrikin kamu güvenliğini ve düzenini tehlikeye koyabilmesi ihtimalidir.", Y 8. CD, 18.6.1974, 1974/2 E, 1974/2 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3018).

631 Y 8. CD, 22.6.2004, 2004/2930 E, 2004/5686 K (Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3231).

632 "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu somut tehlike suçu olup fiil, sayı ve şahıs olarak belirli olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşmasına veya mevcut duyguların

2.3.6. Suçun Tamamlanma Anı

Suçun tamamlanma anının; suçun işlenme anı, icra edilme anı ve bitme anından ayrılması gerektiği ileri sürülmüştür. Daha açık bir ifadeyle failin hareketi dikkate alınarak işlenme, neticenin gerçekleşmesi dikkate alınarak tamamlanma, teselsül ve temadinin sonra ermesi dikkate alınarak bitme anı kabul edilmiştir. Buna karşılık doktrin ve uygulamada genellikle suçun tamamlanma, bitme ve işlenme anı arasında ayrım yapılmayarak bu tabirlerin birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir[633].

TCK m. 216/1'deki suçun tamamlanma anına ilişkin olarak, kanuni tanımda yer alan "aleniyet" ve "kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike"ye verilen anlam ile bunların hukuki nitelikleri itibariyle suçun unsuru mu yoksa cezalandırılabilme şartı olduğu konusundaki kabullere göre görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, TCK m. 216/1'deki suçun tamamlanması için suçun unsuru olarak tahrik içeren fiilden tahrik edilenlerin haberdar olmaları, anlamaları, yani fiili algılamış bulunmaları gerekir[634]. Diğer görüşe göre, aleniyet, TCK m. 216/1'de suçun kurucu unsuru olduğundan bu suçun tamamlanma anının da aleniyetin gerçekleşmesine göre tespit edilmesi gerekir. TCK m. 216/1'deki suç neticesiz bir suç olduğundan, tahrik içeren fiilin aleniyete kavuşması, yani fiilin algılanabilir nitelikte olması hâlinde suç oluşacaktır. Diğer bir deyişle tahrik teşkil eden fiilin alenen gerçekleştiği anda suç tamamlanmış olur[635]. Böylelikle suçun tamamlanma anı, tahrik fiilinin aleniyet kazandığı zamana bağlanmış olmaktadır.

Suçun tamamlanması için ayrıca tahrik edilenlerin alenen yapılan fiili algılaması veya algıladıktan sonra tahrik edilenlerde psikolojik olarak kin ve nefret duygularının oluşması gibi maddi anlamda bir neticenin ortaya çıkması gerekli değildir[636]. Bu fikre göre, fiilin basın yoluyla gerçekleştirilmesi hâlinde ise aleniyet

---

pekişmesine etkide bulunmalıdır.", Y 8. CD, 8.10.2014, 2013/16829 E, 2014/9196 K; Aynı yönde bkz. Y 8. CD, 4.6.2012, 2010/12318 E, 2012/18956 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017).

633 Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 214-217.

634 Cihan, "Sosyal Sınıfları …", s. 123; Gözübüyük, **Alman, Fransız …, C. II**, s. 535.

635 Gökcen, **Halkı Kin …**, s. 214; Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 2995; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 185; Önder, **Türk Ceza …**, s. 419.

636 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 538; Cihan, s. 123; Önder, **Türk Ceza …**, s. 419; "Suç işlemeye tahrik eyleminin vuku bulmasıyla suçun tamam olacağı ve failin kastettiği neticenin

yayımla gerçekleşeceğinden TCK m. 216/1'deki suç, bu anda tamam olacaktır. Zira 5187 sayılı Basın Kanunu'nun (Bas. K)[637] 11. maddesinin birinci fıkrasında, basılmış eserler yoluyla gerçekleştirilen suçun yayımı anında oluşacağı belirtilmektedir. Yayım anından neyin anlaşılması gerektiği Bas. K'nın 3. maddesinin ikinci maddesi hükmünde açıklanmıştır. Maddede, basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı yayım sayılmıştır. Burada zikredilen hareketlerden ilkinin yapıldığı anda yayımın gerçekleştiği ve suçun bu anda oluştuğu kabul edilmelidir.

TCK m. 216/1'de somut tehlikeyi, yani tahrikin kamu güvenliği bakımından açık ve yakın tehlike oluşturmasını suçun netice unsuru olarak kabul edenler, bu suçun oluşması ve dolayısıyla tamamlanması için tehlikenin netice bakımından gerçekleşmesini aramakta ve bu anı suçun tamamlanma anı olarak değerlendirmektedir[638].

Somut tehlike suçu olan TCK m. 216/1'de öngörülen tehlikeyi cezalandırılabilme şartı olarak kabul edenler, suçun tamamlanma anı bakımından farklı görüştedirler. Bu konuda bir görüş, cezalandırılabilme şartının öngörüldüğü suçlarda suçun unsurların gerçekleşmesiyle tamamlanacağını, suçun tamamlanmış sayılabilmesi için şartın gerçekleşmesi gerekmediğini ileri sürmektedir[639]. Buna göre cezalandırılabilme şartları kanuni tanıma dâhildir, ancak suçun tamamlanması şartın gerçekleşmesinden tamamen bağımsızdır ve suçun tamamlanma anını etkilemez. Fiilin işlenmesi veya suç unsuru neticenin meydana gelmesi, şartın gerçekleştiği ana rastlıyorsa zaten sorun yoktur. Fakat şartın fiilden veya neticeden sonra

---

meydana gelip gelmemesinin ceza uygulamasını etkilemeyeceğini", YCGK, 10.11.1969, 1969/4-528 E, 1994//471 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …,** s. 3005).

637 9.6.2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu 26.6.2004 tarihli ve 25504 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

638 Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında …,** s. 126.

639 Artuk ve Diğerleri, **Ceza …,** s. 592; Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 212; Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 378; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 299; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …,** s. 170; Zafer, **Ceza Hukuku …,** s. 387, 389.

gerçekleşmesi hâlinde, fiilin gerçekleştiği veya neticenin meydana geldiği anda suç tamamlanmıştır[640].

Katıldığımız diğer görüş ise cezalandırılabilme şartı aranan suçlarda, suçun işlenmiş ve dolayısıyla tamamlamış sayılabilmesi için şartın gerçekleşmesini aramaktadır[641]. Buna göre bir suçun oluşumu için cezalandırılabilme şartları da dâhil olmak üzere bütün unsurlar mevcut olmalıdır ki suçun tamamlanmasından söz edilebilsin. Bu nedenle en son gerçekleşen şart ise suç, şartın gerçekleştiği anda tamamlanır[642]. Cezalandırılabilme şartı öngörülen suçlarda şart gerçekleşmeden suçun oluşup oluşmadığı belli değildir. Fail, şartın oluşmasını istemiş olsa dahi şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yine de belirsizdir. Suçun tamamlamış sayılabilmesi bu şartın gerçekleşmesiyle mümkündür. Fiilin işlenmesiyle haksızlık oluşmakla birlikte bu şartlar gerçekleşmediği sürece suç tamamlanmamakta ve dolayısıyla kişiye ceza vermek mümkün görünmemektedir[643]. TCK m. 216/1'deki suç neticesi bulunmayan bir suçtur. Kanuni tanımda suçun tamamlanması için tahrik içeren hareketin aleni olarak icra edilmesinin yanında kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlike meydana getirmesi, yani cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi aranmaktadır. Yoksa tahrik içeren fiillerin işlenmesi sonucunda kamu güvenliğinin gerçekten bozulması şeklinde bir netice aranmış değildir[644].

TCK m. 216/1'deki suçun aleni biçimde tahrikle değil, tahrikin kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın tehlike oluşturmasıyla tamamlandığını kabul ettiğimizden, Bas. K'nın 11/1 maddesine göre bu suçun basılmış eserler yoluyla yayım anında oluşabilmesi için yayındaki tahrikin, açık ve yakın tehlike oluşturması gerekir.

TCK m. 216'nın TBMM Adalet Komisyonundan geçen gerekçesinde, *"Yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma*

[640] Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 217, 218; Üzülmez, Akkaş, "Suçun Yapısında …", s. 75, 76; Toroslu, "Objektif Cezalandırılabilirlik …", s. 707.
[641] Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 672, 673.
[642] Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 216.
[643] Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 672; Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 195-197.
[644] Ersan, "Halkı kin …", s. 82.

yoluna gidilemez." ifadelerine yer verilmiştir. Suçla ilgili TBMM Genel Kuruluna sunulan değişiklik gerekçesi ise *"Söz konusu suçun oluşması için işlenen fiil nedeniyle kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması gerekir."* şeklindedir. Her iki gerekçede yer alan ifadelere bakıldığında, suçun oluşması ve dolayısıyla tamamlanması için kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve mevcut/yakın bir tehlikenin oluşmasının arandığı görülmektedir. Konuya ilişkin olarak doktrinde bir görüş, bahse konu tehlikenin hukuki niteliğini değerlendirmeden, bu tehlikenin oluşması anında suçun tamamlanacağını savunmaktadır[645]. Başka bir görüşe göre, tahrik fiillerinde cezalandırılan husus, fiilin yarattığı tehlikedir ve fiilin, halk üzerinde bir etki meydana getirmesi gerekir. Suç, bu psikolojik etkinin oluştuğu anda tamamlanacaktır[646].

Yargıtay 765 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararında, tahrik teşkil eden fiillerin icra edildiği anda suçun oluşacağını belirtmiştir[647]. Ancak TCK m. 216/1'in yürürlükte olduğu dönemde verdiği kararlarında, "kamu güvenliği açısından açık veya yakın bir tehlikenin ortaya çıkması" hakkında hukuki nitelemede bulunmadan, bahsi geçen tehlikenin ortaya çıkmaması hâlinde suçun unsurlarının oluşmadığını kabul etmektedir[648]. Yargıtayın görüşü netice itibariyle, yani suçun tamamlanma anına ilişkin tespiti bakımından kabul ettiğimiz görüşle aynıdır.

2.4. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLİ

Kanunda öncelikle bir suçun temel şekli belirtilir. Bunun dışında kanunda, suçun bu temel şekline nazaran cezanın arttırılmasını veya azaltılmasını gerektiren hâllere de yer verilir. Bu hâller için 765 sayılı Kanun döneminde "ağırlaştırıcı sebepler" veya "hafifletici sebepler" ifadeleri kullanılmaktayken TCK'nın 42. maddesindeki istisna dışında bu ifadelere doğrudan yer verilmeyerek yerine nitelikli hâller veya şekiller biçiminde (örneğin m. 30/2, 61/4, 82, 137) tabirler kullanılmıştır. Suçun nitelikli hâllerinde, suçun basit şeklinde mevcut olan tüm unsurlarına ilave

---

645 Soyaslan, **Ceza Hukuku …**, s. 534; Aynı yönde bkz. Gözübüyük, **Alman, Fransız …**, **C. II**, s. 539; Akkaş, "İfade Hürriyeti …", s. 97.

646 Özek, **Siyasi İktidar**, s. 338.

647 Y 8. CD, 18.6.1974, 1974/2 E, 1974/2 K (Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza …**, s. 3018).

648 "… düğünün bir olay meydana gelmeden sona erdiği gözetildiğinde kamu güvenliği açısından açık, yakın ve somut bir tehlikenin saptanamaması karşısında, suçun unsurlarının oluşmadığı", Y 8. CD, 28.12.2011, 2011/14850 E, 2011/18205 K; Aynı yönde bkz. Y 8. CD, 13.3.2012, 2009/16578 E, 2012/7989 K (Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3596, 3595).

olarak en azından bir özel unsur bulunmaktadır. Suçun nitelikli unsurları; fiilin objektif olarak gerçekleştiriliş biçimi, işlenmesinden güdülen amaç, zamanı, yeri, failin ve mağdurun vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu ve fiilde kullanılan araç gibi biçimlerde olabilir[649].

Suçun temel hâli TCK m. 216/1'de düzenlenmiştir. Bu suçun da bulunduğu "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümüne ortak hüküm olarak konulan 218. maddede, bu bölümdeki bazı suçlar bakımından nitelikli hâllere yer verilmiştir. Fiilin objektif olarak gerçekleştiriliş biçimine göre nitelikli bir hâl getiren düzenlemeyle, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda, verilecek olan cezanın yarı oranına kadar artırılacağı hüküm altına alınmıştır.

*"Haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları"*nın suç oluşturmayacağına ilişkin düzenleme 5377 sayılı Kanun'un[650] 25. maddesi ile 218. madde metnine eklenmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde[651], TCK'nın 26. maddesindeki hukuka uygunluk nedeninin burada tekrarlandığı ve bu tekrarın söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığının özellikle araştırılması için yapıldığı belirtilmektedir.

5377 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik gereğince, TCK m. 216/1'deki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılacaktır. Değişiklik gerekçesinde, cezada yapılacak olan artırımın sadece üst sınırı belirlenmesinin nedeni, hâkimin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan basın ve yayın organının etki alanına göre cezada artırım yapabilecek olması gösterilmiştir. Bahsi geçen "etki alanının" nasıl tespit edileceği çözümü gereken ayrı bir sorundur. Bu açıdan gazetenin tirajı, yazıyı yazanın etkisi gibi hususlar cezanın artırılmasında etkili olabilecektir. Burada, tiraj dışındaki değerlendirilmelerin sübjektif nitelik arz etmesi muhtemeldir.

---

649 Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 313; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 135.

650 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. 8.7.2005 tarihli ve 25869 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

651 Gerekçe için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c085/tbmm22085103ss0901.pdf (e.t. 3.9.2017).

"Basın ve yayın yolu ile" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6/5-g maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, "*Basın ve yayın yolu ile*" kavramından; *"Her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar"* ifade edilmektedir. Burada kitle iletişim araç türleri genel olarak sınıflandırılmaya tabi tutulmuştur.

Kitle haberleşme araçları, geniş kitlelerin haberleşmesini sağlayan her türlü vasıtayı kapsamı içine alır. Kitle haberleşme araçlarının ortak özelliği, bunların haber, duygu veya düşünceleri, yazı, resim veya ses olarak çoğaltmak suretiyle anonim nitelikteki kitlelere ulaştıran teknik araç durumunda bulunmalarıdır[652]. Kitle haberleşme araçları çoğaltma tekniği bakımından üç kısma ayrılırlar. Film, radyo ve televizyon gibi sadece ses ve görüntü ile yayın yapan haberleşme araçları, nitelikleri gereği kitleseldirler ve belirli cisimleri yoktur. Buna karşın dergi, gazete, plak, ses ve videokasetleri belli cisimleri olan ve sayısal olarak çoğaltılması mümkün bulunan kitle haberleşme araçlarıdır. İnternet ile haberleşmede ise hem ses, yazı ve görüntü bulunmakta hem de bu yayınların yazıcı ile çoğaltılabilmesi mümkün hâle gelmektedir. Şu hâlde internet ile iletişimde diğer iki grupta bulunan özelliklerin bir arada olduğu söylenebilir[653]. Kitle haberleşme araçlarının görevi, kamuyu aydınlatmak, toplumdaki fertlerin kendilerini ilgilendiren hadiseler hakkında bilgilenmelerini sağlamaktır. Bu bakımdan yayımlanan haberin gerçeğe uygun olması gerekmektedir[654].

TCK m. 216/1'deki suçun kitle iletişim araçlarıyla işlenmesi hâlinde cezada artırıma gidilecektir. Kitle haberleşme araçlarının geniş halk kitlelerine seslenebilme olanağına sahip bulunmalarını ve bu yüzden etkinliklerinin fazla oluşunu gözeten kanun koyucu suçun basın yayın yoluyla işlenmesi suç açısından ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmiştir. Suçun kitle iletişim araçları işlenmesi ise genel olarak, basın, radyo-televizyon ve internet yoluyla olabilecektir.

Basın yoluyla işlenen suç, aslında başka türlü işlenmesi mümkün olan suçun, basılmış bir eser vasıtasıyla işlenmesidir. Basılmış eserden ne anlaşılması gerektiği

652 İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 9.
653 İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, s. 9.
654 Özgenç, "Düşünceyi Açıklama …", s. 206.

Bas. K'nın 2/a maddesinde[655] belirtilmiştir. Madde gerekçesinde haber ajansı yayınlarının basılmış eser tanımına uymadığı hâlde, basılmış eserden sayılmasının Kanun'un bu yayınlara da uygulanmasını sağlamak olduğu vurgulanmıştır[656]. Suçun bu yolla işlenmesinde yayım kurucu bir unsur niteliğini almakta, yayım gerçekleşmedikçe suç meydana gelmemektedir[657]. Bas. K'nın 2/b maddesinde yayım, *"Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması"* olarak tarif edilmiştir. Bir yazı ya da resim yayımlanmak üzere basılmış ya da çoğaltılmış ise basılmış eser sayılabilir. Yayımlama amacı olmaksızın bir yazı veya resim tabedilse yahut çoğaltılsa veyahut özel kütüphanede bulundurulsa Bas. K anlamında basılmış eser söz konusu olmaz[658]. Ayrıca basının araç olarak kullanılması hâlinde, suçun işlendiği yer ve zaman, sorumluluk, teşebbüs ve yargılama usulleri bakımından bazı özellikler söz konusu olacaktır. Basın yoluyla işlenen suçlardan doğan ceza sorumluluğu yönünden genel sorumluluk esaslarından ayrı olarak Bas. K'nın 11. maddesi uygulanacaktır. 2. madde yayınları, süreli ve süresiz olarak gruplandırdıktan sonra süreli yayınları, yerel, bölgesel, yaygın olmak üzere üçe ayırıp tanımlamıştır. 11. maddede belirtilen sorumluluklar da buna göre düzenlenmiştir.

Radyo ve televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlar bakımından ceza sorumluluğu, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun[659] 28. maddesi ile 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un[660] 46. maddesinde düzenlenmişlerdir.

İnternet yoluyla işlenen suçlarda sorumluluk, 5651 sayılı Kanun'da[661], internet süjelerinin (erişim sağlayıcı, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve toplu kullanım

---

655 Bas. K'nın 2/a maddesine göre basılmış eser; "Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını" ifade etmektedir.

656 Erol Çetin, **Basın Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 105.

657 Senkeri, **Anayasal …**, s. 217.

658 Çetin, **Basın Hukuku**, s. 35.

659 11.11.1983 tarihli ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu 14.11.1983 tarihli ve 18221 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

660 15.2.2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun. 3.3.2011 tarihli ve 27863 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

661 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Dolayısıyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 23.5.2007 tarihli ve 26530 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

sağlayıcı) durumuna göre TCK'daki genel sorumluluk hükümlerinden ayrı olarak düzenlenmiştir.

2.5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.5.1. Genel Olarak

Kanunda düzenlenen her suç tipi, genel olarak, bir kişi tarafından, tipte tanımlanan fiilin gerçekleştirilmesi ve sadece o suçta korunan hukuki yararın ihlal edilmesi üzerine kurulmuştur. Kural bu olmakla birlikte gerçek durum her zaman böyle olmamaktadır. Şöyle ki suç failin elinde olan veya olmayan nedenlerle tamamlanmamış olabilir veya suç bir kişi değil de birden fazla kişinin değişik şekil ve derecedeki katkıları ile ortaklaşa gerçekleştirilmiş olabilir veyahut kişi fiili birden fazla suç tipinin ihlal etmiş olabilir. Bu son durumda suçun özel görünüş hâlleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima durumları söz konusu olmakta ve konuya ilişkin hükümlere başvurulmaktadır.

2.5.2. Teşebbüs

Bir suç tipinin tanımında yer alan hukuki değerin ihlali, tipteki fiilin icrasına başlamakla gerçekleşmektedir. Fiilin icrasında alınan mesafeye göre suç konusu tehlike veya zararla karşı karşıya gelmektedir[662]. Bu ise failin suçla korunan hukuki değeri tanımadığını ortaya koymaktadır. Kanun, suçun tamamlanmaması veya neticenin gerçekleşmemesi hâline özgü olarak, failin suça ilişkin konuyu en azından bir tehlikeye maruz bırakıp korunan hukuki değeri ihlal etmesini cezasız bırakmamıştır. Böyle hâller için cezalandırmaya imkân sağlayan teşebbüs hükümlerine yer verilmiştir[663]. Teşebbüsün cezalandırılabilmesi için suça teşebbüsün düzenlendiği TCK'nın 35. maddesinde belirtilen koşullar oluşmalıdır. Bu maddeye göre, kişinin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için suç işleme kastının olması, elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlaması ve elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini bitirememesi gerekir.

Somut tehlikeyi cezalandırılabilme şartı değil, suçun unsuru olarak değerlendiren görüşe göre, somut tehlike suçu olan TCK m. 216/1'deki suç teşebbüse

662 Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 479.
663 Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 480.

elverişlidir[664]. Teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi suçla korunan hukuki menfaatin zarara uğratılma ihtimalinin gerçekleşmiş olması olduğuna göre, zarar suçlarına teşebbüs ile tehlike suçları arasında benzerlik vardır. Nitekim somut tehlike suçlarında hareketin korunan hukuki menfaati zarara uğratma ihtimali cezalandırılmaktadır. Teşebbüs hâlinin cezalandırılma sebebi de budur. Zarar ihtimali yani tehlike, sadece harekete geçildiği zamanda tahmin edilen ya da bilinen değil, hareket gerçekleştirildikten sonra meydana çıkan durumlar da nazara alınarak tespit edilebilir. Somut tehlike suçlarında da icra hareketlerine başlamakla bir haksızlık meydana geleceğinden, ortaya bir tehlike çıkmamış olsa da, bu tür suçlar teşebbüsten dolayı cezasız bırakılmamalıdır[665]. Bu görüşe göre, somut tehlike failin kastının kapsamında dâhil olacağından, kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın tehlike meydana getiren tahrik hareketleri parçalara ayrılabildiği takdirde, teşebbüs mümkündür. Eğer fail, işlemeyi kastettiği suça elverişli tahrik hareketler ile icraya başlar ve fakat elinde olmayan sebeplerle tamamlayamadığı hallerde, açık ve yakın tehlikenin oluşmasa da fail halkı kin ve tehlike suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır[666].

Somut tehlikeyi cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden yazarların bir kısmına göre, bu şartı ihtiva eden suçlarda teşebbüs mümkün olmadığından, TCK m. 216/1'deki suç da teşebbüse elverişli değildir[667]. Görüşlerine katıldığımız bu yazarlar, cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçlarda teşebbüsün söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Başka bir deyişle kanun koyucunun bir şart-neticenin münhasıran gerçekleşmesini istediği bu tür çok istisnai suçlarda teşebbüs mümkün değildir. Cezalandırılabilmenin objektif olarak şarta bağlandığı hallerde şart gerçekleşmezse tam fiilin bile cezalandırılabilmesi ve dolayısıyla suç söz konusu değilken suça teşebbüsten evveliyatla bahsedilemeyecektir. Bir suçta teşebbüsün olması için öncelikle cezalandırılabilen bir suçun olması gerekir. Zira teşebbüs, belli bir suçu işlemek kastıyla harekete geçmeyi icap ettirir, burada ise şart kastın dışında kalmaktadır. Şart gerçekleşse dahi teşebbüs mümkün olmayacaktır. Bunun nedeni

[664] Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 211; Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 277; Karadeniz, **Nefret Söylemi Kapsamında …**, s. 130, 131; Benzer yönde bkz. Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 203, 390.
[665] Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 211.
[666] Türay, **Nefret Söylemi …**, s. 277.
[667] Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 211-213, 218.

cezalandırılabilme şartlarının kabulünde yatmaktadır. Bu şartlar ile failin hareketi arasında illiyet bağının bulunması gerektiğine göre, şartın fiilden, önce gerçekleşmesi mümkün değildir. Şart gerçekleşmişse kesinlikle fiil de işleneceğinden, artık teşebbüsten bahsedilemeyecektir[668]. TCK m. 216/1'de ifade edilen tehlike suçun cezalandırılabilme şartı olduğundan, bu tehlike oluştuğu takdirde fail cezalandırılabilecektir. Suçta hareket parçalara bölünse veya alenen tahrik eylemi gerçekleşse dahi, açık ve yakın tehlike oluşmadıkça failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, fıkrada belirtilen suça teşebbüs mümkün değildir[669]. Diğer bir kısım yazara göre ise cezalandırılabilme şartının öngörüldüğü suçlarda, bu şart gerçekleşmedikçe faile ceza verilemeyeceği sonucunun bu tür suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı anlamına gelmeyeceğini ileri sürmektedir. Bir diğer deyişle cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçlar da teşebbüse elverişlidir[670]. Bu şartlar suçun yapısındaki haksızlık ve kusurluluk dışında kaldığından, haksızlıkla ilgisi olmayan bu tür şartların haksızlıkla ilgili olan suça teşebbüsü olanaksız hale getirmesi düşünülemez[671]. Ancak bu yazarlar arasında cezalandırılabilme şartının öngörüldüğü suçlarda teşebbüssün nasıl cezalandırılacağı konusunda fikir birliği mevcut değildir. Bir fikre göre, teşebbüs ancak şart gerçekleşince söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle şart gerçekleşmiş olmak kaydıyla hareket tamamlanmamış ise teşebbüs kabul olunabilir. Şart gerçekleşmediği için icra hareketleri tamamlansa dahi cezalandırılamayan suç teşebbüsten dolayı cezalandırılamayacak, ancak şart gerçekleştiği zaman teşebbüs hâlinde kalmış olan suç cezalandırılabilecektir[672]. Diğer fikre göre ise şart gerçekleştiği takdirde teşebbüs aşamasında kalan bir suçtan söz edilemez. Çünkü teşebbüs aşamasında kalan suçlar da ceza belirlenirken ortaya çıkan tehlikenin ve zararın ağırlığı gözetilecektir[673].

---

668 Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 213, 218.

669 Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu …**, s. 6070, 6084; Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 378; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 592; Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, 212; Akkaş, "İfade Hürriyeti …", s. 102. *Öztürk, Erdem,* suçun cezalandırılabilme şartlarının değil, bütün unsurların gerçekleştiği anda oluşacağını belirterek, teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmektedir. Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 170;

670 Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 375; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 672; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 298, 299; Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 378.

671 Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 375.

672 Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 672; Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 211.

673 Koca, Üzülmez, **Türk Ceza …**, s. 375; Üzülmez, Akkaş, "Suçun Yapısında …", s. 74.

Yargıtayın TCK m. 216/1'de tanımlanan tehlikeyi, dolayısıyla suçtaki somut tehlikeyi açık biçimde suçun unsuru veya cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmemekle beraber bu suça teşebbüsü mümkün görmediği anlaşılmaktadır. Nitekim çalışmamız nedeniyle Yargıtayın TCK m. 216/1'deki suça ilişkin verdiği kararları incelediğimizde, bu suça teşebbüs nedeniyle verilen herhangi bir karara rastlanmamıştır.

2.5.3. İçtima

İçtima, suç çokluğu hâlinde söz konusu olan bir durumdur. Aynı veya farklı birden fazla suç tipinin ihlal edilmesi durumunda suçların içtima sorunu ortaya çıkar[674]. Buradaki sorun birden çok fiilin bir failde toplanması hâlinde nasıl cezalandırılacağıdır. Bununla beraber ortaya çıkan diğer bir sorun suçun ne zaman birden fazla olduğudur. Bu konudaki görüşlerden birincisi suç tekliği veya çokluğunda hareketi esas almaktadır. Tek hareketle kaç suç tipi ihlal edilirse edilsin suç tektir. Katıldığımız diğer görüş, suçun tekliği veya çokluğu sorununu tipikliğe esas alarak çözümlemektedir. Bu görüşe göre, tek hareketle birden fazla suç tipi ihlal edilerek birden fazla suç oluşabileceği gibi birden fazla hareketle tek suç meydana gelebilecektir[675].

Ceza hukukunda kural olarak ne kadar fiil varsa o kadar suç, ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır. Aslında içtima denilince, suçların içtimaı veya cezaların içtimaı söz konusu olabilmektedir. Her bir suçtan dolayı verilecek cezaların toplanmasını ifade eden cezaların içtimaı kural, suçların içtimaı ise istisnai bir durumdur. Suçların içtimaı fail lehine getirilmiş istisnai hâllerdir[676]. TCK sisteminde suçların içtima kuralının istisnalarına ilişkin durumlar; bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43/1, 3), aynı nev'iden fikri içtima (m. 43/2, 3) ve farklı nev'iden fikri içtima (m. 44) biçimindedir[677].

TCK m. 216/1'de özel bir içtima kuralı yer almadığından, içtimaya ilişkin sorunların genel hükümlere (TCK m. 42-44) göre çözümlenmesi gerekir. Bu suçun

---

[674] Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 393; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 248, 249.
[675] Akt. Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 393.
[676] Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 582.
[677] Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 703, 705.

basın yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, fikri içtima ve zincirleme suç kuralları daha çok uygulama alanı bulmaktadır. TCK m. 216/1'deki suç, başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmadığından TCK m. 42 gereğince bileşik suç durumu söz konusu olmayacaktır[678]. TCK m. 43/1'in ilk cümlesine göre, zincirleme suçtan bahsedebilmek için aynı suçun değişik zamanlarda aynı kişiye birden fazla işlenmesi gerekir. Burada, suçun mağduru belirli farklı kişiler olması durumunda zincirleme suç söz konusu olmayacaktır. İnceleme konusu suçta olduğu gibi mağdurun ferden belirsiz kişilerden oluşan halk kesimi veya toplumun bir parçası olması hâlinde, TCK' m. 43/1'in *"Mağduru belli kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."* şeklindeki son cümlesi gereğince, fıkra hükmünün TCK m. 216/1'e uygulanmasında tereddüt bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle TCK m. 216/1'deki suç, aynı suç işleme kararıyla değişik zamanlarda birden fazla defa işlenir ise zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin kin ve düşmanlığa tahrik içeren yazı, bölümler hâlinde yayımlanır ve her bir bölümü suç oluşturur ise fail anılan suçu zincirleme şekilde işlemiş olur ve suçun tek cezası dörtte üçüne kadar arttırılır. Zincirleme suça ilişkin TCK m. 43/2 hükmü ise 216/1'deki suçun tipikliğine uygun değildir. Şöyle ki TCK m. 43/2'de aynı suçun birden fazla kişiye karşı ve tek fiille işlenmesi hâline de zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Zaten, TCK m. 216/1'deki suç, yapısı gereği birden fazla kişiden oluşmak zorunda olan halk kesimine karşı tek fiille işlenir. Başka bir deyişle birden fazla kişiye karşı işlenmesi zaten bu suçun unsurudur.

Fail, TCK m. 216/1'de işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olabileceğinden TCK m. 44'de düzenlenen fikri içtimanın olaya uygulanması mümkündür. Burada fiil ile kasıt harekettir ve birden fazla suça yol açan hareketin bu suç tipleri bakımından ortak olması yeterlidir. Ayrıca neticelerin ortak olması aranmadığından sırf hareket suçlarıyla netice suçları arasında fikri içtima hükümleri uygulanabilir[679]. Örneğin halkı kin ve düşmanlığa sevk edecek tahrik içerikli aleni bir konuşmada, aynı zamanda buradaki halk kesimi sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak aşağılanırsa ayrıca TCK m. 216/2'deki suç oluşacaktır. Keza kin ve düşmanlığa tahrik içeren sözler, suç işlemeye doğrudan

[678] Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 706.
[679] Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 402, 403.

tahrik (TCK m. 214) oluşturacak ifadeler de içerebilir. Bu hâllerde, diğer şartlar da mevcut olduğu takdirde, failin fikri içtima kurallarına göre en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekir[680]. Ancak fail, birden fazla fiil ile kin ve düşmanlığa tahrikle birlikte başka bir suç işlerse (Örneğin hakaret suçu) bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanıp faile her iki suç nedeniyle verilen cezalar toplanacaktır. Böyle bir durumda tek bir fiil değil, birden fazla fiil söz konusu olduğundan fikri içtima kuralları uygulanamayacaktır.

2.5.4. İştirak

Ceza normları, genellikle suçun yalnız bir kişi tarafından işlenebileceği üzerinde durmaktır. Oysaki günlük yaşamda suçlar her zaman bir kişi tarafından işlenmemekte, birden fazla kişinin değişik düzeydeki katkılarıyla gerçekleşmektedir. Ceza normuna göre bir kişi tarafından müstakilen işlenebilen suçun, birden fazla kişinin aralarında yaptıkları anlaşma gereği fiilin gerçekleşmesine katkı sağlayarak birlikte işlemeleri durumunda suça katılan ortakların sorumluluklarının tayin ve tespiti iştirakin konusu olmaktadır. Bu durumda, suça iştirak edenlerin nasıl cezalandırılacağı ceza kanunlarında hüküm altına alınmış bulunmaktadır[681].

Suça iştirak, TCK'nın 37 ilâ 41. maddeleri arasında düzenlenmektedir. TCK'nın 37. maddesinde, suçun kanuni tarifinde yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin fail olarak sorumlu olacağı; 38. maddede, başka birini suç işlemeye azmettiren kişinin suç için öngörülen cezayla cezalandırılacağı; 39. maddede ise suça yardım edenin sorumluluk esasları belirtilmiştir. TCK sisteminde suça iştirak, faillik ve suç ortaklığını (şerik) kapsayan üst bir kavram olarak düzenlenmiştir. Faillik kendi içinde tek başına (müstakil), birlikte (müşterek) ve dolaylı faillik biçiminde üçe; suç ortaklığı ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmaktadır[682]. Somut bir olayda, birden fazla kişinin fiilin gerçekleşmesine katılması durumunda önce suç ortaklığı ve faillik birbirinden ayrılmalı ve daha sonra suç ortaklığı ve faillik içerisinde bunların görünüş şekilleri incelenmelidir[683]. Suç

---

680 Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Özel …**, s. 565, 566; Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3584.

681 Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 408.

682 Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 642, 647; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 481. *Öztürk, Erdem ile Zafer*, failliğe yan failliği de eklemektedir. Öztürk/Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 409; Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 439-446.

683 Öztürk, Erdem, s. 409.

ortaklarının suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmeleri için TCK'nın 40. maddesindeki bağlılık kuralının bulunması gerekir. Bu kurala göre, failin suçu en azından teşebbüs aşamasında işlemiş, yani suçun icrasına başlaması, fiilin kasti ve hukuka aykırı olması, birden çok kişinin birden fazla fiilinin bulunması ve birden çok kişinin iştirak iradesi altında faille birlikte hareket etmesi gerekmektedir[684]. Bazı suçlar, zorunlu olarak ancak birden fazla kişinin katılımıyla işlenebilir. Bu suçlara münhasır olarak zorunlu iştirak, diğer bir ifade çok failli suç durumu söz konusudur[685].

TCK sisteminde suça yöneltme bakımından azmettiren ve yardım edenin üstlendiği fonksiyon ile tahrik suçlarında failin tahrik içeren hareketleri benzer etkiler doğurur. Bu nedenle, manevi nitelikteki iştirak hallerinden azmettirme ve yardım etmede yer alan suç işlemeye teşvik ile tahrikin karıştırılması muhtemeldir. Azmettirmede, suç işlemeyi düşünmeyen bir kişiye suç işleme kararı verdirilerek icra safhasına geçilmesini sağlayacak ölçüde yoğun manevi faaliyet söz konusudur[686]. TCK'nın 39. maddesinde göre yardım etme; suç işlemeye teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağı vaat etme, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme biçiminde olacaktır. Buradaki suç işlemeye teşvik etmede, suç işleme konusunda düşünce ve niyeti bulunan ama henüz karar verememiş olan kişi suç işlemeye yöneltilmekte ve bu yöndeki kararını alıp hareket safhasına geçmesi sağlanmaktadır. Dolayısıyla buradaki teşvik adeta ikinci derecede bir tahrik ve suç işleme açısından adi bir tavsiye niteliğinde olmaktadır. Eğer bu teşvik, kişinin hiç suç işleme düşüncesi yok iken bu konuda karar alması derecesinde bir etkide bulunmuşsa, o zaman azmettirme söz konusu olur[687].

İştirakte azmettiren ya da yardım eden (teşvik eden) TCK'da genel hükümler içerisinde düzenlenerek bütün suçlara uygulanması söz konusu iken tahriki içeren suç tipleri müstakil olarak özel hükümler arasında yer verilmiştir. İştirakte azmettiren ya da yardım eden (teşvik edenin) cezalandırılabilmesi için failin en azından icra hareketlerine girişmesi gerekirken failin cezalandırılması için tahrikte TCK m.

684 Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 432.
685 Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 512.
686 Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 665, 666.
687 Kıyak, "Suç İşlemeye …", s. 920.

216/1'de olduğu gibi tahrik edilen halk kesiminin harekete geçmesi aranmamaktadır[688]. İştirakte aradaki anlaşma gereği, azmettiren ile azmettirilen arasında olduğu gibi belirli kimseler arasında kişisel ilişki ve dolayısıyla tanıma durumu mevcut iken tahrikte bu kişisel ilişki mevcut değildir. Dolayısıyla iştirakte etki altına alınan ortak belirli bir kimse iken "halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu"nda olduğu gibi tahrikçi belirsiz kişilerden oluşan halk kesimini muhatap alırken kimlerin etki altına gireceğini bilmemektedir. Azmettiren veya teşvik eden, belirli bir kişi olan failde suç işleme iradesi yaratma, bunu kuvvetlendirme, yani suça yöneltme çabaları tahrike nazaran daha yoğundur[689]. Şöyle ki TCK m. 216/1'de ise fail, ferden belirsiz kişilerden oluşan halk kesimlerini birbirine karşı kin ve düşmanlığa yönelten tahrik hareketleriyle yetinmektedir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrikte, tahrikçi ile tahrik edilenler arasında iştirakte olduğu gibi yoğun bir ilişki mevcut değildir. İştirakte, belirli bir suçu işlemek isteyen ve faaliyetlerini bu yönde birleştiren azmettiren ve azmettirilen birbiriyle ilişkilerini işin mahiyeti gereği gizlilik içinde yürütürler. Buna karşılık, TCK m. 216/1'de tahrikin aleni biçimde yapılması gerekir[690].

Azmettirme ya da teşvikte zarar sınırlı olmasına karşın halkı kin ve düşmanlığa tahrikte kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlike meydana geleceğinden, sonuçlar çok daha vahim boyutlara ulaşarak tahrikçinin tahmin ve beklentilerini fazlasıyla aşabilir[691]. Tahrikin, azmettirme ve teşvikten daha kapsamlı etkilerinin bulunması nedeni ile halkı kin ve düşmanlık suçundaki aleni tahrik iştirakten ayrı olarak bağımsız şekilde cezalandırılmıştır.

Cezalandırılabilme şartı aranan suçlar iştirak hâlinde işlendiğinde, bu şartlar belirli bir kişiyle sınırlı olmadığından fail açısından gerçekleşmeyen şart, suçun unsurları tamam olsa bile diğer suç ortakları açısından da gerçekleşmemiş sayılır[692].

---

688 Gölcüklü, "Ahaliyi …", s. 380; Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 80.
689 Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 666.
690 Bayraktar, **Suç İşlemeğe …**, s. 15-17.
691 Gölcüklü, "Ahaliyi …", s. 380.
692 Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 378; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 170.

TCK m. 216/1'deki suç bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kimse tarafından da işlenebilir. Bu suç iştirak bakımından, cezalandırılabilme şartını içeren diğer suçlardan farklı bir özellik göstermez, iştirakin her türü mümkündür.

2.6. SUÇUN MUHAKEMESİ VE YAPTIRIM

2.6.1. Soruşturma ve Kovuşturma

TCK m. 216/1'deki suçun soruşturulması resen yapılır. Suç, kamu görevlisi tarafından görevi nedeniyle işlenirse soruşturma 4483 sayılı Kanun[693] hükümleri gereğince yürütülür.

6352 sayılı Kanun'un[694] geçici 1. maddesi, TCK m. 216/1'deki suçu da kapsayacak şekilde düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre, 31.12.2011 tarihine kadar basın ve yayın yolu ya da sair düşünce açıklama vasıtalarıyla işlenen fiillerden dolayı TCK m. 216/1'den kamu davasının açılması, kovuşturma yapılması ve mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenebilecektir.

Bas. K'nın 26. maddesine göre, suçun basılmış eser yoluyla işlenmesi hâlinde, ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur[695]. Bu süreler, aynı Kanun'un teslim yükümlülüğünü düzenleyen 10. maddesi çerçevesinde basılmış eserlerin Cumhuriyet başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Süreler her fiil için ayrı hesaplanmalıdır. Örneğin suç içeren kitabın birinci baskısı için süre kaçırılmışsa, ikinci baskı hâlinde bu süre tekrar başlar.

Basılmış eserlerin Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilmemesi durumunda Bas. K'nın 26. maddesinde belirtilen sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak söz konusu süreler, TCK'da öngörülen dava zamanaşımı sürelerini aşamaz. Bu süreler içinde açılmayan

---

693 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun 4.12.1999 tarihli ve 23896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

694 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun 5.7.2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

695 Ceza davasının açılabilmesi için bulunması gerekli olan şartlarla (dava şartı), mahkemenin yargılama yapabilmesi için bulunması gerekli olan şartların (yargılama şartları) hepsine birden muhakeme şartları denmektedir. Bahri Öztürk (Editör), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 50.

davalar dinlenmez. Buradaki dava süreleri, zamanaşımı süresi olmayıp hak düşürücü sürelerdir ve nitelik itibarıyla zamanaşımından farklıdırlar[696]. Bu süreler uzamaz; TCK'da zamanaşımını düzenleyen hükümlerde olduğu gibi durma ve kesintiye uğramaz[697]. Ancak 26. maddenin son fıkrasına göre, kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, bunun için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez. Beşinci fıkraya göre kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar. 10. madde, basımcının bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını dağıtım veya yayımın yapıldığı gün mahallin Cumhuriyet başsavcılığına teslim etmesi öngördüğü için dava zamanaşımı süresi, yayının üzerinde belirtilen tarihe göre değil, yayımın fiilen gerçekleştiği tarihe göre hesaplanmalıdır[698].

2954 sayılı Kanun'un 28/6. maddesine göre, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun yayınıyla işlenen suçlardan dolayı yayının yapıldığı tarihten itibaren 60 gün içinde dava açılmalıdır. Bu sürenin mahiyeti de basın yoluyla işlenen suçlardaki gibi hak düşürücü süredir. Şu hâlde TCK m. 216/1'deki suçun Kurumun yayınlarıyla işlenmesi hâlinde dava açmak için 60 günlük hak düşürücü süre söz konusudur. 6112 sayılı Kanun'da ise dava süresine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır[699].

Görevli mahkeme, suç için öngörülen cezanın üst sınırına istinaden, 5235 sayılı Kanun'un[700] 11. maddesi gereğince asliye ceza mahkemesidir. Bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, görevli mahkeme Bas. K'nın 27. maddesi gereğince, basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanun'da öngörülen diğer suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza

---

696 Dava süreleri, muhakeme şartları içerisinde dava şartlarına dâhildir. Basın özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü gibi özgürlükler nedeniyle dava açılabilmenin sınırlandırıldığı belli sürelerdir. Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı …**, s. 57, 58.

697 Çetin, **Basın Hukuku**, s. 78; Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı …**, s. 58.

698 Çetin, **Basın Hukuku**, s. 106.

699 Bu durumun, özel radyo ve televizyonlar için eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi söz konusu suçun zamanaşımı süresince ceza tehdidi altında tutma anlamına geleceğinden basın özgürlüğü bakımından zedeleyici olduğu belirtilmiştir. Öztürk, **Nazari ve Uygulamalı …**, s. 58, 59.

700 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun 7.10.2004 tarihli ve 25606 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür[701]. Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi var ise bu davalar iki numaralı mahkemede görülür.

Bas. K'nın 27. maddesinin son fıkrasına göre basılmış eserler yoluyla gerçekleştirilen suçlara yönelik davalar acele işlerden sayılmaktadır. Bu hükmün hukuki sonucu, bu davalara adli tatil döneminde de bakılabileceği ve bu dönemde temyiz süresinin işleyeceğidir[702]. Dolayısıyla TCK m. 216/1'deki suçun basılmış eserler yoluyla işlenmesi hâlinde bu davalara adli tatilde bakılabilecektir.

TCK m. 216/1'i cezalandırılabilme şartı öngörülen suçlardan kabul ettiğimizden, bu kabul doğrultusunda dava zamanaşımı başlangıcının tespit edilmesi gerekir. Bu kabule göre de konu hakkında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Katıldığımız görüşe göre, dava zamanaşımı şartın gerçekleşmiş olmasından itibaren başlamalıdır; devletin cezalandırabilme hakkı doğmadan zamanaşımı işlememelidir[703]. O hâlde, TCK m. 216/1'de tanımlanan tehlikenin ortaya çıktığı anda, diğer bir deyişle cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesiyle dava zamanaşımı başlayacaktır. İtalyan Ceza Kanunu'nun 158. maddesinde dava zamanaşımının cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesinden sonra başlayacağı açıkça hükme bağlanmıştır[704]. Diğer görüş ise cezalandırılabilme şartının öngörüldüğü suçlarda dava zamanaşımının başlangıcını şartın gerçekleştiği andan itibaren değil, hareketin başladığı veya neticenin gerçekleştiği ana göre iki farklı yaklaşımla değerlendirmektedir[705]. Buradaki yaklaşımlardan ilki zamanaşımının başlangıcı açısından neticeye değil, harekete bakılması gerektiği, diğer bir deyişle zamanaşımının suçun tamamlanma anına değil, işlenme anına göre değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Dava zamanaşımı devletin ceza vermek hakkını düşmesi sonucunu doğurur. Cezalandırılan fail olduğuna göre onun hareketinin esas alınması gerekir. O hâlde neticenin dava zamanaşımında etkisi yoktur[706]. Bu yaklaşıma göre,

---

[701] Radyo ve televizyon yoluyla işlenen suçlar yönünden görevli mahkeme, kanunlarında özel hüküm bulunmadığından genel hükümler uyarınca belirlenir.
[702] Çetin, **Basın Hukuku**, s. 83.
[703] Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 299; Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 378; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 672, 673.
[704] Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 389; Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 220.
[705] Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 220.
[706] Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 220, 221.

TCK m. 216/1'de failin tahrik içeren hareketleri aleni biçimde işlemesiyle dava zamanaşımı işleyecektir. Diğer yaklaşım ise cezalandırılabilme şartı öngörülen suçlar için suçun tamamlanmasını unsurların gerçekleşmesine bağladığından dava zamanaşımı süresini fiilin tamamlandığı veya neticenin gerçekleştiği, başka deyişle unsurların tamamlandığı andan itibaren işlemeye başlatmaktadır[707]. TCK m. 216/1'deki suçun neticesiz bir suç olması ve maddede öngörülen tehlikenin cezalandırılabilme şartı olması nedeniyle bu yaklaşım da bir önceki anlayışla aynı sonuca ulaşacaktır. Kısaca her iki yaklaşımın sonucunda tahrikin aleni biçimde gerçekleştirilmesiyle dava zamanaşımı başlayacaktır.

Yetkili yargı merci ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK)[708] yetkiyi düzenleyen 12 ve devamı maddeleri gereğince tespit edilir. CMK m. 12/1'e göre davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Suçun tamamlandığı yer, aynı zamanda suçun işlendiği yeri de gösterir. TCK m. 216/1'deki suçu cezalandırılabilme şartı içeren suçlardan kabul ettiğimizden, bu kabul çerçevesinde suçun işlendiği yer belirlenmelidir. Bu konuda bir görüş, cezalandırılabilme şartının öngörüldüğü suçlarda tipe uygun hukuka aykırı ve kusurlu hareketin yapıldığı anda, diğer bir deyişle unsurların gerçekleştiği anda suçun tamamlandığını kabul ederek, unsurların gerçekleştiği yeri suçun işlendiği yer saymaktadır[709]. Buna göre, TCK m. 216/1'deki suç failin tahrik içeren hareketleri aleni biçimde gerçekleştirmesiyle tamamlanacak ve suçun tamamlandığı yer aynı zamanda suçun işlendiği yer olacaktır. Katıldığımız diğer görüş ise cezalandırılabilme şartı öngörülen suçlarda, suçun işlenmiş ve dolayısıyla tamamlamış sayılabilmesi için şart da dâhil olmak üzere bütün unsurların mevcut olmasını aramaktadır. Buna göre, en son gerçekleşen şart ise suç şartın gerçekleştiği anda tamamlanacaktır ve dolayısıyla suç, unsurların gerçekleştiği yerde değil, şartı nerede gerçekleşmiş ise o yer de işlenmiş sayılacaktır[710]. O hâlde, TCK m. 216/1'de tanımlanan ve aynı zamanda cezalandırılabilme şartı olan tehlikenin gerçekleştiği anda suç tamamlanacağından, şartın gerçekleştiği yer suçun işlendiği yer olacaktır.

---

[707] Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 212; Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 389.

[708] 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[709] Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki …**, s. 299; Önder, **Ceza Hukuku …**, s. 378; Demirbaş, **Ceza Hukuku …**, s. 212; Artuk ve Diğerleri, **Ceza …**, s. 592; Zafer, **Ceza Hukuku …**, s. 389.

[710] Akt. Kunter, **Suçun Kanuni …**, s. 216; Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 672.

Diğer taraftan suçun işlendiği yer, suçun basit şeklinde olduğu gibi basın ve yayın yoluyla işlenen suçlarda da öncelikle yetkili mahkemenin tespiti bakımından önem taşımaktadır. Tahrikin aleni olarak gerçekleştirildiği anı suçun oluştuğu an olarak kabul edenler, Bas. K'nın 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan basılmış eserler yoluyla işlenen suçun yayım anında oluşacağına ilişkin hükmü dayanarak, yayımın yapıldığı yeri aynı zamanda suçun işlendiği yer olduğunu ileri sürmektedir. TCK m. 216/1'deki suçun tahrikin aleni biçimde işlenmesiyle değil, cezalandırılabilme şartı olan açık ve yakın tehlikenin gerçekleştiği anda tamamlandığını kabul ettiğimizden, her türlü yayım anını suçun işlendiği zaman, dolayısıyla yayım yerini suçun işlendiği yer olarak değerlendirmemekteyiz. Yayında yer alan tahrikin kamu güvenliği için açık ve yakın tehlike oluşturması hâlinde yayım yeri suçun işlendiği yer olarak kabul edilebilecektir. Ancak gerek suçun basit hâlinde gerekse basın ve yayın yoluyla işlenen hâlinde yetkili mahkemenin tespiti sadece suçun işlendiği yere bağlanmış değildir. Söz konusu hâller CMK'nın 12 ve devamı maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

2.6.2. Yaptırım

TCK m. 216/1'deki suçu işleyen kimse 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Faile 2 yıldan az hapis cezası verilir ise mahkemece CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen ve diğer kişiselleştirme kurumlarından önce hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu değerlendirilmelidir. Bu kurum uygulanmaz veya 1 yıldan az hapis cezası verilir ise TCK'nın 50. maddesine göre adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevirebilir. Ayrıca TCK'nın 51. maddesi hükmü gereğince, adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımların ertelenmesi mümkün değildir. Eğer hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilmez veya faile 2 yıldan az hapis cezası verilir ise TCK'nın 51. maddesi uyarınca verilen hapis cezasının ertelemesi yoluna gidilebilecektir. Erteleme yoluna da gidilmediği veya gidilemediği hâllerde, fail, işlemiş bulunduğu suç neticesinde aldığı hapis cezası nedeniyle TCK'nın 53. maddenin birinci fıkrasında zikredilen hakları hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanamayacaktır.

Cezalandırılabilme şartının arandığı suç tiplerinde, şart gerçekleşmediğinde nasıl bir hüküm verileceği CMK m. 223'de açıkça düzenlenmemiştir. Şartın

gerçekleşmemesinin sadece failin cezalandırılabilirliğini etkilediği ve fiilin suç olma özelliğine sahip olduğunu savunanlar, sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş cezalandırılabilme şartlarını, suçun yapısında kişisel cezasızlık nedenleri ile cezayı kaldıran nedenleri aynı düzeyde görmektedir. Buna göre, şart gerçekleşmediği takdirde ceza muhakemesi hukukundaki kıyas serbestisi gereğince CMK'nın 223. maddesinin dördüncü fıkrasına göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir[711]. Fakat bu görüş CMK'nın 223/4. maddesinin hangi bendine göre karar verileceğini açıklamamıştır. Katıldığımız diğer görüşe göre, cezalandırılabilme şartı öngörülen suçlarda şart gerçekleşmediği takdirde fiil haksızlık oluştursa dahi suç olma özelliğini henüz taşımadığından CMK m. 223/2'nin (a) bendi hükmü gereğince, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekir. Bu itibarla TCK m. 216/1'de tanımlanan fiil, kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlike oluşturmamışsa, yani cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse bir suçtan bahsedilemeyeceğinden sanık hakkında beraat kararı verilmelidir[712]. Nitekim çalışmamız nedeniyle Yargıtayın, TCK m. 216/1'de öngörülen tehlikenin ortaya çıkmaması durumunda sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair bir kararına rastlanmamıştır. Yargıtay uygulaması tehlike şartının gerçekleşmediği durumlarda sanık hakkında beraat kararı verilmesi yönündedir[713].

[711] Kangal, "Cezalandırılabilirliğin …", s. 156.
[712] Özgenç, **Türk Ceza …**, s. 669, 672; Aynı yönde bkz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 378; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza …**, s. 170.
[713] Y 8. CD, 20.6.2012, 2010/6293 E, 2012/21247 K, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 18.9.2017); Aynı yönde bkz. Y 8. CD, 13.3.2012, 2009/16578, 2012/7989 (Malkoç, **Açıklamalı …**, s. 3595).

SONUÇ

Toplumun sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kamu düzeni veya güvenliği açısından tehlike oluşturacak biçimde kin ve düşmanlığa tahrik eylemleri birçok ülke ceza hukukunda olduğu gibi ceza hukukumuzda suç olarak düzenlenmiştir. Ülkemizde suç, "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik" adıyla TCK'nın 216. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir.

TCK'nın "Kamu Barışına Karşı Suçlar" bölümü altında m. 216/1'de yer alan "halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu", 765 sayılı Kanun'un 312. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmişti. Suçun TCK m. 216/1'deki hâli, 2002 yılında 4744 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan 312. maddenin ikinci fıkra metninden kısmen farklılıklar göstermektedir. Uygulamada oluşan tereddütleri gidermek ve suçun somut tehlike suçu niteliğini vurgulamak üzere metindeki, "kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde" ifadesi, "kamu güvenliği için açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde" şeklinde değiştirilmiştir. Bunun dışında metinde yer alan "kamu düzeni" kavramının kapsamı daraltılmak suretiyle "kamu güvenliği" biçimine dönüştürülmüştür. 765 sayılı Kanun'un 311. maddesinde, suçun, ayrıntılı biçimde sayılan araç ve şekillerle işlenmesi cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak düzenlenmiş iken bu durum TCK m. 218'de sadece basın ve yayın yoluyla işlenmeye hasredilmiştir.

TCK m. 216/1'deki suçun ihdası ile toplumda yaşayan bireylerin hukuka olan güvenlerinin sağlanması, toplumun belirli kesimleri arasında şiddete sebep olabilecek kin ve düşmanlıkların ortaya çıkma ihtimalinin önlenmesi, kamu düzeni ve güvenliğinin tesis edilmesi, kısaca kamu barışının sağlanması hukuki yararı amaç edinmiştir.

Suçun kanuni tanımında geçen sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge

kavramlarının içerikleri, bilimsel anlamlarının yanında ülkede bu kavramlara verilen genel mana ve korunmak istenen hukuki yarar gözetilerek doldurulmalıdır. Bu yapılırken ceza normunun yorumunu aşarak kıyas yaratacak ve böylece suçun kapsamını daraltacak veya genişletecek değerlendirmelerden uzak durulmalıdır. Keza söz konusu kavramlara ülke gerçekleriyle tamamen örtüşmeyecek, korunmak istenen hukuki yararı bertaraf edecek ve suçu işlevsiz hâle getirecek anlamlar da yüklenmemelidir.

TCK m. 216/1'deki suçun faili herkes olabilir. Suçun mağduru ise sosyal sınıf, ırk, din, bölge veya mezhep bakımından farklı özellikteki halk kesimidir. Hem tahrik edilen hem de tahrike maruz kalan halk kesimlerinin suçun tanımında tek tek sayılan farklı özelliklerde bulunması gerekir.

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu" neticesi bulunmayan bir suçtur. Suçta yaptırıma bağlanan fiil, "kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme"dir. Tahrik; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özellikteki halk kesimleri arasında bu farklı özelliklerden en az birine dayandırılmak suretiyle kin ve düşmanlık duyguları oluşturmaya veya mevcut olan bu duyguları pekiştirmeye objektif olarak elverişli bulunmalıdır. Tahrik içeren fiil, muhataplarını harekete geçirici, etkili ve inandırıcı bir çağrı içermelidir. Fiil, tahrik edilen halk kesimini doğrudan doğruya kin ve düşmanlığa sevk edici mahiyet ve yoğunlukta olmalıdır. Tahrik fiillerinin şiddet çağrısı içermesi veya şiddeti tavsiye etmesi hâlinde suçun oluşacağı konusunda hiç tereddüt bulunmamaktadır. Tahrik içeren fikri eser veya ifadeler kısım hâlinde değil, bütün olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca tahrik içerikli fiil alenen yapılmış olmalıdır. Burada aleniyet suçun unsurudur. Aleniyet konusunda, fiilin işlendiği yeri belirleyici unsur olarak görmeyen, bilfiil algılamayı aramayan, algılanabilme imkânının objektif olarak mevcudiyeti hâlinde aleniyetin gerçekleşeceğini savunan görüşlere katılmaktayız.

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ya da bölge bakımından aynı özelliklere sahip bulunan halk kesimlerinin birbirlerine karşı tahrik edilmeleri TCK m. 216/1'deki suçu oluşturmayacaktır. Aksi düşünce, ceza hukukunda kıyas yapmayı kabul etmek anlamına gelir ki bu durum, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Hakkın kullanılması kapsamında ifade özgürlüğü, TCK m. 216/1'deki suç bakımından hukuka aykırılığı bertaraf eden bir nedendir. Dış dünyaya aktarılan düşüncelerden ötürü bu suçtan yaptırıma maruz kalma ancak ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılması hâlinde söz konusu olacaktır. İfade özgürlüğü, kişiye bilgi kaynaklarına özgürce ulaşma, edindiği fikir ve kanaatleri serbestçe açıklayabilme, bunlardan ötürü kınanmama, düşüncelerine uygun şekilde davranabilme, beğenmediği uygulamaları tenkit etme ve doğru olduğuna inandığı fikirlerini başkalarına kabul ettirme imkânları vermektedir. Bu nedenle, ifade özgürlüğü, kişilerin ve toplumun gelişmesinin ana koşullarından, demokratik toplumun temel taşlarından biri olarak görülmektedir.

Anayasa'nın 90. maddesi gereği iç hukukumuzun bir parçasını oluşturan AİHS ile varlık kazanan ve Türkiye'nin de yetkisini tanıdığı AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda somut olayın durumunu nazara alarak özgürlüğün kapsamı hakkında yorum ve içtihatlar geliştirmektedir. Bu itibarla hangi düşünce açıklamalarının özgürlük kapsamında, hangilerinin TCK m. 216/1'deki suçu oluşturacağının tespit edilmesinde, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin yorum ve içtihatlarının gözetilmesi gerekmektedir.

AİHM'e göre ifade özgürlüğü sadece çoğunluğun benimsediği veya itibar ettiği yahut zararsız veyahut önemsiz saydığı ifadeler bakımından değildir. İfade özgürlüğü, tek kişinin dahi gündeme getirebildiği ve çoğunlukla devlet yahut toplumun bir kesimi tarafından abartılı, acımasız, aykırı, rahatsız edici, sarsıcı, aşırı sert veya endişe verici olarak değerlendirilen ifadeler için de geçerlidir. AİHM, demokratik toplumlarda bireylere hoşgörüyle yaklaşmayı ve hoşa gitmeyen şeylere tahammül etmeyi çoğulculuğun bir gereği olarak görmektedir. Mahkeme, bilimsel değerden yoksun, sanatsal yön ihtiva etmeyen sadece ar ve hayâ duygularını incitme maksadı güden veya aşağılayan, tahkir eden veyahut düşmanlık uyandıran nefret söylemini, şiddeti kışkırtan, öven, teşvik eden, şiddet çağrısı içeren düşünce açıklamalarını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemektedir.

AİHS'in 10. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen koşulların varlığı hâlinde ifade özgürlüğü sınırlandırmaya tabi tutulabilecektir. Ancak her özgürlükte olduğu gibi ifade özgürlüğünde de asıl olan özgürlüğün geniş; sınırlamanın ise istisnai

olduğu kabulüyle sınırlama nedenlerinin dar yorumlanmasıdır. İfade özgürlüğünün sınırları konusunda başka bir husus, özgürlüğü yok etme özgürlüğünün kabul edilemez olduğunu belirten Sözleşme'nin 17. maddesidir. Burada, diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğünü de yok etmeye yönelik her türlü eylem ve faaliyet özgürlüğün kapsamında görülmemektedir.

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu"nda, kin ve düşmanlığa aleni tahrik nedeni ile kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlikenin oluşması arandığından, bu suç somut tehlike suçudur. Bu açık ve yakın tehlike aynı zamanda suçun objektif cezalandırılabilme şartıdır.

Kamu güvenliğine yönelen tehlikenin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Açık ve yakın tehlikenin, fiille illiyet bağı olmalı ve bireysel tepki boyutunu aşıp kamu güvenliğini ihlal edecek boyuta ulaşmalıdır. Tahrik fiillerinin somut olayda açık ve yakın tehlike yaratmaya uygun ve elverişli olmalıdır. Tahrikin kamu güvenliği için açık ve yakın tehlike oluşturup oluşturmadığına sübjektif açıdan bakılmalıdır. Tahrik neticesi suçun mağduru olan halk kesiminin sübjektif durumu değerlendirilmeli, bu kesimde haklı bir korku veya endişenin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Tahrik fiillerinin kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığının tespitinde, TCK m. 216/1 ile normatif bir düzeye kavuşturulan ve Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kullanılan "açık ve yakın (mevcut) tehlike" testinin somut olaya uygulanması gerekir. Test özellikle halkın bir kısmına karşı kin ve düşmanlığa tahrik fiilleri ile şiddet çağrısı içeren veya şiddeti tavsiye eden fiillere karşı getirilen cezai yaptırımların ifade özgürlüğü karşısındaki sınırlarının belirlenmesinde önemli bir fonksiyon üstlenmektedir. Bu sınırlar belirlenirken kamu güvenliği ve barışının korunması ile ifade özgürlüğünün güvenceye bağlanması değerleri arasında, biri diğerine feda edilmeden, denge ve uzlaşma sağlanmalıdır.

Cezalandırılabilme şartı öngörülen suç tiplerinde, suçun tamamlamış sayılabilmesi için suçun unsurlarının yanında şartın gerçekleşmesi gerekir ve en son şart gerçekleşmişse suç o anda tamamlanır. TCK m. 216/1'deki suçun

tamamlanabilmesi için tahrik içeren hareketin aleni olarak icra edilmesinin yanında cezalandırılabilme şartı olan açık ve yakın tehlikenin oluşması gerekir.

TCK m. 216/1'deki suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Kastın türü, doğrudan kast olabileceği gibi olası kast da olabilir. Ayrıca failin belirli bir saik veya amaçla hareket etmesi suçun işlenmesinde önem arz etmemektedir.

Suçun kanuni tanımında yer alan *"Kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması"* hâlini cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirdiğimizden TCK m. 216/1'deki suça teşebbüs mümkün değildir.

"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu"nun aralarında bulunduğu "Kamu Barışına Karşı Suçlar"ın bazıları için ortak hüküm niteliğinde bulunan TCK'nın 218. maddesi hükmü uyarınca suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi cezayı ağırlaştıran nitelikli hâldir.

Suçun soruşturulması şikâyete bağlı değildir, resen yapılabilecektir. Görevli mahkeme ise asliye ceza mahkemesidir. Suç için 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Basın ve yayın yoluyla suçun işlenmesi hâlinde ceza yarı oranında artırılacaktır.

Cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmediği hallerde fiil henüz suç oluşturmadığından ceza verilmesine yer olmadığı kararı değil, beraat kararı verilmelidir. Bu itibarla kin ve düşmanlık yaratacak tarzdaki tahrik alenen yapılmış olsa dahi kamu güvenliğine yönelik olarak açık ve yakın bir tehlike oluşturmamışsa sanığın beraatine hükmedilmelidir.

KAYNAKÇA

AKAY, Hasan, **İslami Terimler Sözlüğü**, 3. Baskı, İşaret Yayınları, İstanbul 2005.

AKKAŞ, Ahmet Hulusi, "İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 216/1)", **EÜHFD**, C. 1, S. 1, Kayseri 2006, s. 89-106.

ALACAKAPTAN, Uğur, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi"**, Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara Barosu Yayını, Ankara 14.1.2000, s. 6-43.

ALACAKAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara 1973.

ARIKAN, Baha, "Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyet", **ABD**, Ankara 1955, S. L, s. 2-7.

ARSLAN, Zühtü (Der.), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003.

ARTUK, Mehmet Emin, "Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku", Prof. Dr. Yılmaz Günal'a Armağan, **AÜSBFD**, C. 49, S. 3-4, Ankara 1994, s. 31-50.

ARTUK, M. Emin, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN, Kerim ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

ARTUK, M. Emin, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN, Kerim ÇAKIR, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

AYDIN, Öykü Didem, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, "Nefret Suçu Kavramı v~~V~~e Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İNCEOĞLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012. s. 103-120.

BARRY, Norman P., "Hukuki ve Siyasi Açıdan İfade Hürriyeti", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 17-36.

BAYRAKTAR, Köksal, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İÜHFY, İstanbul 1977.

BOLAY, Süleyman Hayri, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, 4. Baskı, Akçağ Yayınları, Ankara 1987.

BULUT, İlhan, **Nefret Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

CAROLL, Thomas F., "Evolution of the Theory of Freedoom of Speech and of the Press", **Georgetown Journall**, C. 11, 1922-1923, s. 27-45.

CİHAN, Erol, "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu", **İÜHFM**, C. XL, S. 1-4. İstanbul 1974, s. 97-130.

CİHAN, Erol, "Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu", **İÜHFM**, C. XXXVI, S. 1-4, İstanbul 1971, s. 167-187.

CİN, Halil, Ahmet AKGÜNDÜZ, **Türk Hukuk Tarihi**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2011.

CLARK, Charles E., "Definition of Discrimination: Employers' Hiring", **Mercer Law Rewiew**, C. 19, 1968, s. 334-365.

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, **Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, C. II, Ankara 1970.

ÇETİN, Erol**, Basın Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

DARAGENLİ, Vesile Sonay, **Tehlike Suçları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

DOHERTY, Joseph P., "Toward A Definition of Discrimination", **Washburn Law Journal**, C. 12, 1972, s. 28-53.

DOST, Süleyman, **Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye**, Fakülte Kitabevi, Isparta 2001.

DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Hususi Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 3. Bası, İÜHFY, İstanbul 1961.

DÖNMEZER, Sulhi, **Matbuat Suçları**, İÜY, İstanbul 1946.

DÖNMEZER, Sulhi, **Toplumbilim**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1994.

DÖNMEZER, Sulhi, Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, İstanbul 1961.

DUYMAZ, Erkan, "İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVII, S. 1-2, Ankara 2013, s. 1367-1404.

ERDEM, Fazıl Hüsnü, "Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi", **ABD**, S. 1, Ankara 1998, s. 5-36.

ERDEM, Fazıl Hüsnü, "TCK'nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi", **AÜHFD**, C. 52, S. 1, Ankara 2003, s. 38-62.

ERDOĞAN, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 37-48.

EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 12. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984.

EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, C. III, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.

EREM, Faruk, Nevzat TOROSLU, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2003.

EREN, Abdurrahman, **Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

ERKAL, Mustafa E., **Sosyoloji**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.

ERMAN, Sahir, **Hakaret ve Sövme Suçları**, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınları, İstanbul 1989.

ERSAN, Aykut, "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama", **TBB Dergisi,** S. 111, Ankara 2014, s. 77-106.

FIĞLALI, Ethem Ruhi, **Çağımızda İtikadi İslam Mezhepleri**, Selçuk Yayınları, Ankara 1980.

FİSHER, Asaf, "Regulating Hate Speech", **UTS Law Rewiew**, C. 21, 2006, s. 21-48.

GÖKCEN, Ahmet, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Cürmü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz "Ahaliyi Suç İşlemeğe Alenen Tahrik ve Teşvik", **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, C. l, Ankara 1962, s. 380-385.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması Hususi Kısım-Cürümler**, C. II-III, 2. Bası, Ankara tarihsiz.

GÜL, İdil Işıl, "Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü", **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar,** Der. Kenan ÇAYIR, Müge AYAN CEYHAN, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 267-276.

GÜNDEL, Ahmet, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. 4, Ankara 2009.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Militan Demokrasi ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

İÇEL, Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 1990.

İÇEL, Kayıhan, Yener ÜNVER, Hakan HAKERİ, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

KAHRAMAN, Ahmet, **Dinler Tarihi**, 7. Baskı, Marifet Yayınları, İstanbul 1999.

KANGAL, Zeynel T., "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", **İÜHFM**, İstanbul 2010, C. LXVIII, S. 1-2, s. 151-167.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHFY, 3. Bası, Ankara 1970.

KARADENİZ, Serra, **Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.

KARAN, Ulaş, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar,** Der. Kenan ÇAYIR, Müge AYAN CEYHAN, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 135-146.

KARAOSMANOĞLU, Fatih, **İnsan Hakları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

KIYAK, Fahrettin, "Ceza Kanunu Tatbikatında Aleniyet", **ABD**, S. 4-5. Ankara 1959, s. 192-198.

KIYAK, Fahrettin, "Suç İşlemeye Tahrik Cürümleri", **AD**, S. 9-10, Ankara 1961, s. 914-926.

KOCA, Mahmut, İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

KOCA, Mahmut, İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

KORKMAZ, Ömer, **Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2004.

KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İÜHFY, İstanbul 1949.

KUNTER, Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İÜHFY, İstanbul 1954.

KÜÇÜK, Abdurrahman, Günay TÜMER, Mehmet Alparslan KÜÇÜK, **Dinler Tarihi**, 4. Baskı, Berikan Yayınevi, Ankara 2012.

KÜÇÜK, Adnan, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003.

LAROQUE, Pierre, **Sosyal Sınıflar**, Çev. Yaşar GÜRBÜZ, Remzi Kitabevi, İstanbul 1969.

LAWSON, Rick, "İfade Hürriyetini Güvenceye Almak", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2003, s. 247-268

MACOVEİ, Monica, **İfade Özgürlüğü**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2012.

MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 3, Ankara 2013.

MENDOZA, Vicente V., "Courts and the Press Patners For Good Goverment", **Philippine Law Journal**, C. 85, 2011, s. 986-991.

MERAN, Necati, **Sulh Ceza Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

MUTLU, İsmail, **Mezhepler Nasıl Ortaya Çıktı?**, 6. Baskı, Mutlu Yayıncılık, İstanbul 2012.

OKUMUŞ, Ali, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti**, Adalet Yayınları, Ankara 2007.

ÖĞEL, Ragıp, "Askerleri Askerlik Vazifeleri Aleyhine Teşvik", **Adliye Ceridesi**, C. 32, S. 4, Ankara 1941, s. 243-250.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul 1989.

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

ÖZEK, Çetin, **Devlete Karşı Suçlar**, İÜHFY, İstanbul 1977.

ÖZEK, Çetin, Oral ÇALIŞLAR, **Düşünce ve İfade Özgürlüğü**, Sodev Yayınları, Ankara 1996.

ÖZEK, Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İÜY, İstanbul 1967.

ÖZEK, Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İÜHFY, İstanbul 1978.

ÖZEK, Çetin, "Türk İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı", **MHAD**, S. 1, İstanbul 1967, s. 28-39.

ÖZGENÇ, İzzet, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", **75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu**, Diyarbakır 22-23.10.1998, s. 180-231.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

ÖZLÜ, Ceren Ezgi, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015.

ÖZTÜRK, Bahri, Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

ÖZTÜRK, Bahri (Editör), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

PARLAR, Ali, Muzaffer HATİPOĞLU, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 3, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

POST, Robert, "Legitimacy and Hate Speech", Consttional Commentary in Symposizm, **Hate Speech and Political Legitimacy**, C. 32, S. 3, 2017, s. 651-660.

SANCAR, Türkan Yalçın, "Türk Ceza Kanunun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı", **AÜHFD**, C. 52, S 1, Ankara 2003, s. 89-99.

SAVAŞ, Vural, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, C. II, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

SENCER, Muzaffer, **Sosyal Sınıflar**, Gözlem Yayınları, İstanbul 1974.

SENKERİ, Tarık, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996.

SEZEN, Yümni, **Sosyoloji Açısından Din**, MÜHF Vakfı Yayınları, İstanbul 1988.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

SÖNMEZOĞLU, Faruk, **Uluslararası İlişkiler Sözlüğü**, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010.

SÖZERİ, Ceren, "Yazılı Basında Nefret Söylemi ve Mücadele Yolları", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İNCEOĞLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, s. 205-222.

SUNAY, Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001.

ŞEN, Ersan, "Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine", Atatürk Üniversitesi **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, Erzincan 2000, s. 21-28.

ŞENTOP, Mustafa, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, İstanbul 2004.

T.C. Adalet Bakanlığı, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005.

TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

TEPKER, Rick "Hate Speech", **Oklahoma Bar Journal**, C. 88, S. 14, 2017, s. 943-948.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Mustafa ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, İzmir 2013.

TEZİÇ, Erdoğan, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", **Anayasa Yargısı**, C. 7, Ankara 1990.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

TOROSLU, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, AÜHFY, Ankara 1970.

TOROSLU, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 705-709.

TÜMER, Günay, "Din", **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C. 9, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994, s. 312-320.

TÜRAY, Aras, **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

USLU, Cennet, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 38, Kütahya 2013, s. 185-202.

ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Ahmet Hulusi AKKAŞ, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", **EÜHFD**, C. II, S. 1-2, Kayseri 2007, s. 71-87.

VALLOİS, Henri-V., **İnsan Irkları**, Çev. Seniha TUNAKAN, AÜ Dil ve Tarih-Coğrafya Yayınları, Ankara 1975.

YARSUVAT, Duygun, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri**, İÜHFY, İstanbul 1968.

YAŞAR, Osman, Hasan Tahsin GÖKCAN, Mustafa ARTUÇ, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 5, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

YENİSEY, Feridun, Gottfried PLAGEMANN, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB),** 2. Baskı**,** Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

ZAFER, Hamide, "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m. 312/3)", **İÜHFM,** C. LXII, S. 1-2, İstanbul 2004, s. 209-261.

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

Anayasa Mahkemesi Kararları (Bireysel Başvuru)

~~**a) Bireysel Başvuru Kararları**~~

İhsan Taş, B. No: 2014/11255, 21.11.2017, § 36, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/11255?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=11255&BasvuruAdi=ihsan+ta%C5%9F (e.t. 5.2.2019).

KAOS GL, B. No: 2014/18891, 23.5.2018, § 39, 41, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/18891?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=18891 (e.t. 5.2.2019).

Murat Türk 2, B. No: 2013/7082, 29.6.2016, § 77, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7082?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=7082&BasvuruAdi=Murat+T%C3%BCrk (e.t. 5.2.2019).

Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 8.5.2014, § 51, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5356?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=5356 (e.t. 5.2.2019).

Anayasa Mahkemesi Kararları (Genel Kurul)

Anayasa Mahkemesi, 29.1.1964, 1963/193 E, 1964/9 K, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6bbff204-2d66-49fe-8201-631581e777b8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (e.t. 9.8.2018).

AİHM Kararları

Ceylan/Türkiye, B. No: 23556/94, 8.7.1999, § 32-38**,** https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2223556/94%22]} (e.t. 10.9.2018).

Gündüz/Türkiye, B. No: 59745/00, 13.11.2003, § 33, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2259745/00%22]} (e.t. 10.9.2018).

Gündüz/Türkiye, B. No: 35071/97, 4.12.2003, § 40, 48, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2235071/97%22]} (e.t. 10.9.2018).

Incal/Türkiye, B. No: 41/1997/825/1031, 9.6.1998, § 54, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%C4%B1ncal%22]} (e.t. 10.9.2018).

Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 8.7.1999, § 49, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2223168/94%22]} (e.t. 10.9.2018).

Kutlular/Türkiye, B. No: 73715/01, 29.4.2008, § 36-38, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2273715/01%22]} (e.t. 10.9.2018).

Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16.3.2000, § 63, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2223144/93%22]} (e.t. 10.9.2018).

Öztürk/Türkiye, B. No: 22479/93, 28.9.1999, § 67, 71, 74, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2222479/93%22]} (e.t. 10.9.2018).

Sürek 1/Türkiye, B. No: 26682/95, 8.7.1999, § 45, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22s%C3%BCrek%22]} (e.t. 10.9.2018).

Sürek 3/Türkiye, B. No: 24735/94, 8.7.1999, § 36, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22s%C3%BCrek%22]} (e.t. 10.9.2018)

Sürek 4/Türkiye, B. No: 24762/94, 8.7.1999, § 12, 58, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2224762/94%22]} (e.t. 10.9.2018).

Zana/Türkiye, B. No: 69/1996/688/880, 25.11.1997, § 58-62, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22zana%22]} (e.t. 10.9.2018).

Uluslararası Belgeler

AGİT 21.11.1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı, http://www.osce.org/odihr/26759 (e.t. 19.2.2019).

AGİT 19.11.1999 tarihli Avrupa Güvenlik Şartı (İstanbul Şartı), https://www.osce.org/mc/39569 (e.t. 19.2.2019).

AGİT Bakanlar Konseyinin 3-4 Aralık 2001 tarihli ve 5 sayılı Kararı, https://www.osce.org/mc/40515 (e. t. 19.2.2019).

AGİT Bakanlar Konseyinin 6-7 Aralık 2002 tarihli ve 6 sayılı Kararı, https://www.osce.org/mc/40521 (e. t. 19.2.2019).

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=25& (e.t. 19.2.2019).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30.10.1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp (e.t. 19.2.2019).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30.10.1997 tarihli R (97) 21 sayılı Tavsiye Kararı, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dhlgbt_docs/CM_Rec(97)21_en.pdf (e.t. 19.2.2019).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 12.2.2004 tarihli Deklarasyonu, http://www.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995 (e.t. 19.2.2019).

Diğer Kaynaklar

Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Ana Yayıncılık, İstanbul 1993.

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, İnterpress Yayıncılık, İstanbul 1988.

Diğer Ülke Ceza Kanunları, http://www.legislationline.org/(e.t. 8.9.2018).

Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu, https://www.legifrance.gouv.fr/ (e.t. 8.9.2018).

Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, Meydan Yayınevi, İstanbul 1991

TCK ve İlgili Kanun Gerekçeleri, https://www.tbmm.gov.tr/ (e.t. 3.9.2018).

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/ (e.t. 17.2.2019).

Yargıtay Kararları, https://portal.uyap.gov.tr/ (e.t. 5.6.2018).