

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAKARET SUÇU BAĞLAMINDA ELEŞTİRİ HAKKI

Elif Gül YILMAZLAR

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Koray DOĞAN

İZMİR – 2015

TEZ ONAY SAYFASI

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Hakaret Suçu Bağlamında Eleştiri Hakkı**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

...../ 09/ 2015

Elif Gül YILMAZLAR

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Hakaret Suçu Bağlamında Eleştiri Hakkı
Elif Gül YILMAZLAR

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
İnsan Hakları Hukuku Programı

İfade özgürlüğü itibarın korunması amacıyla sınırlanabilir. Türk Ceza Kanunu 125. maddesinde; onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bir yandan, kişinin itibarının korunması gerekirken madalyonun diğer tarafında özgürlükler sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir ifadenin ne zaman özgürlük himayesinden yararlanıp hukuka uygun olacağı ne zaman suç oluşturacağının tespiti elzemdir. Tezin amacı, yukarıda bahsettiğimiz tüm bu sorunları tartışarak eleştiri ile suç oluşturan beyan arasındaki ince sınırı tespit etmektir. Bu sebeple, çalışmamız klasik suç tipi incelemelerinden farklılaşmaktadır. Keza çalışmamızda hakaret suçunu unsurlarıyla irdelemek yerine amaca ulaşmak için farklı bir yöntem tercih edilmiştir. Çalışmada, ağırlıklı olarak Türk Ceza Kanunu 125. maddede düzenlenen hakaret suçu ve Türk Ceza Kanunu 299. maddede düzenlenen cumhurbaşkanına hakaret suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak eleştiri hakkı incelenmiştir. Suçla korunan hukuki değer farklı olduğu için Türk Ceza Kanunu 218. madde ve Türk Ceza Kanunu 301. madde çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca, her ne kadar kapsam bakımından benzerlik gösterse de haksız fiil sonucu öngörülen özel hukuk yaptırımları çalışmanın dışında tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hakaret Suçu, Eleştiri Hakkı, Hakların Çatışması, Hakların Dengelenmesi, İfade Özgürlüğü.

ABSTRACT
Master's Thesis
Right to Criticise in the Context of Libel
Elif Gül YILMAZLAR

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Human Rights Law Program

Freedom of expression can be limited with purpose of protect reputation. According to article 125, Turkish Penal Code imputation, which can give damage to dignity, honour and reputation or swearing to dignity, honour and reputation is a crime. Protection of reputation is necessary but on the other hand freedom is still problem. When is a speech become to crime from right? It is a important question. Purpose of this thesis is analysing all this problems and establishing the thin line between freedom and crime. Our thesis has became different from other examination of crime types on that point. In our work, libel didn't examined as a crime type. The thesis adopts a different method which is examining the right of criticize as a reason of compliance with laws on ordinary libel. But Turkish Penal Code article 218 and 301 has been excluded. Also as much as it has similar in terms of extent the sunctions of private law has been excluded from our work.

Keywords: Libel, Right to Criticise, Conflicts of Rights, Balancing of Rights, Freedom of Expression.

HAKARET SUÇU BAĞLAMINDA ELEŞTİRİ HAKKI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKARET SUÇUNUN KURAMSAL BOYUTU

1.1. HAKARET SUÇU	7
1.1.1. Genel Olarak Şerefe Karşı Suçlar ve Hakaret Suçu	7
1.1.2. Hakaret Suç Tiplerinde İfade Özgürlüğü ve İnsan Onuru Arasındaki Gerilim	11
1.1.3. Onur/ Şeref/ Saygınlık/ Şöhret	13
1.1.3.1. Sorun Tespiti	13
1.1.3.2. İnsan Onuru	14
1.1.3.3. İnsan Onurunun Diğer Kavramlarla (Kişi Onuru, Şeref, Saygınlık, İtibar) İlişkisi	24
1.1.4. Benzer Suçlardan Ayrımı	29
1.1.4.1. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama	30

1.1.4.2. Türk Milletini-Cumhuriyeti-Devletin Kurum ve Kuruluşlarını Aşağılama	31
1.1.4.3. Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama	32
1.1.4.4. Cumhurbaşkanına Hakaret	33
1.1.5. Hakaretin İki Yönü	34
1.1.5.1. Somut Bir Fiil Ya Da Olgu İsnat Etmek	35
1.1.5.2. Sövmek	38
1.1.6. İsnadın Rencide Edici Nitelikte Olması	40
1.2. HAKARETİ SUÇ OLMAKTAN ÇIKARMA EĞİLİMİ VE HAKARETİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ SORUNU	44
1.2.1. Suç ve Ceza Kavramı Üzerine	44
1.2.2. Hakaretin Suç Olarak Öngörülmesi ve Cezalandırılabilirliği	47

İKİNCİ BÖLÜM

ELEŞTİRİ HAKKI VE FARKLI DEĞERLER SİSTEMİ

2.1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ: TERİM VE TANIM SORUNU	56
2.2. ELEŞTİRİ HAKKI	62
2.3. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE ELEŞTİRİ HAKKININ KURAMSAL DAYANAKLARI VE İŞLEVİ ÜZERİNE	65
2.4. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANAYASADA DÜZENLENİŞİ	68
2.4.1. Önceki Anayasalardaki Düzenlemeler	69
2.4.1.1. 1876 Kanun-i Esasi'nde, 1921 ve 1924 Anayasalarındaki Düzenlemeler	68
2.4.1.2. 1961 Anayasasındaki Düzenleme	68
2.4.2. 1982 Anayasasındaki Düzenleme	71
2.4.2.1. Genel Olarak	71

2.4.2.2. Başlangıç Bölümündeki Düzenleme	75
2.4.2.3. Anayasasının 13, 14 ve 26.Maddelerindeki Sınırlamalar	77
2.5. ELEŞTİRİ HAKKININ CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	84
2.6. ELEŞTİRİ HAKKININ KAPSAMI, SINIRI VE FARKLI DEĞERLER SİSTEMİ	95
2.6.1. Doktrinde Öngörülen Koşullar Ve Bu Koşulların İsabetsizliği	95
2.6.1.1. Gerçeklik	98
2.6.1.2. Güncellik	99
2.6.1.3. Verilmesinde Kamu İlgi ve Yararının Bulunması	100
2.6.1.4. Fikri Bağ (Ölçülülük)	103
2.6.1.5. Doktrinde Öngörülen Koşulların İsabetsizliği	104
2.6.2. Hak/Değer/Menfaat Çatışması Ve Çözümlemesi	106
2.6.2.1. Hak/ Menfaat/ Değer Çatışması	106
2.6.2.2. Hak/ Menfaat/ Değer Çatışmasında Yol Gösterici İlkeler	110
2.6.3. Değerlerin Tartımına İlişkin Kriterlerin Hakaret Suçu ve Eleştiri Hakkı Tespitinde Kullanılması	113
2.6.3.1. İfade Özgürlüğü Karşısında İnsan Onuru: Farklı Değerler Sistemi	113
2.6.3.1.1. Çeşitli/Farklı Anayasal Değerler Sistemi	113
2.6.3.1.2. Onur ve Özgürlük Temelli Yaklaşımlar	114
2.6.3.1.2.1. Almanya	114
2.6.3.1.2.2. Amerika Birleşik Devletleri	116
2.6.3.1.2.3. Sistemlerin Değerlendirilmesi ve Dengeleme	118

SONUÇ	129
KAYNAKÇA	135

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	Aktaran
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz:	Bakınız
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
çev.	Çeviren
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar
m.	Madde
no.	Numara
parag.	Paragraf
S.	Sayı
s.	Sayfa
ss.	Sayfa Sayıları
T.	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
vb.	Ve Benzeri
vd.	Ve Devamı
Y.	Yıl
Y.CD.	Yargıtay Ceza Dairesi
Y.CGK.	Yargıtay Ceza Genel Kurul

GİRİŞ

İfade özgürlüğünün, şöhretin/itibarın korunması amacıyla sınırlandırılabilceği hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.10/2’de hem de Anayasa m.26/2’de düzenlenmiştir. Bunu müteakip, Türk Ceza Kanunu m.125’te; onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bir yandan, kişinin itibarının korunması gerekirken, madalyonun diğer yanında özgürlükler sorunu ortaya çıkmaktadır. O halde, bir ifadenin ne zaman özgürlük himayesinden yararlanıp hukuka uygun olacağı, ne zaman suç oluşturacağının tespiti elzemdir. Şayet bir ifadenin hakaret suçunda hukuka uygunluk sebebi olan eleştiri hakkından yararlanması, onun özgürlük sınırları içerisinde kalmasına bağlıdır. Ancak eleştiri ve suç arasındaki bu ince sınırı belirlemek oldukça güçtür. Bu zorluk, esas olarak aşağıda ayrıntılarıyla açıklayacağımız yedi temel sebepten kaynaklanmaktadır.

Bu zorluk öncelikle ifade özgürlüğü ile onur/şeref/saygınlık/şöhret/itibar kavramlarının dünyanın her yerinde tartışılmış, ancak üzerinde uzlaşıya varılamamış, belirsiz kavramlar olmasından ileri gelmektedir. Dolayısıyla bu konuda sorun, çağdaş hukukun neden onur, itibar gibi tanımı ve sınırları belirsiz bir terimi garanti ettiği sorusuyla başlamaktadır.¹ Zira, hukuk sistemleri bu kavramları farklı tanımlamakta, hatta her bir sistem kavrama farklı bir bakış açısıyla yaklaşarak değişik bir anlam yüklemektedir.² Dolayısıyla, ne Amerika Birleşik Devletlerinde, ne Almanya’da ne de dünyanın herhangi bir yerinde, bu ifadeler aynı anlamı taşımaktadır.³ Gerçekten, tarihsel süreç içinde ideolojik olarak bu kavramlara verilen anlamlar, zaman içinde farklılaşmıştır. Hatta, aynı dönemde bu kavramlara verilen anlam disiplinler arasında da farklılaşmıştır. Özellikle hukuk alanında yaşanan bu farklılaşma konumuz açısından önem arz etmektedir. Gerçekten bir yandan özgürlük düşüncesinin hukuk

¹ James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, **Faculty Scholarship Series**, Sayı: 649, 2004, s.1165.

² Guy E Carmi, “Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech”, **Boston University International Law Journal**, Sayı: 277, Boston, 2008, s.282.

³ Carmi, s.307.

kuralına dönüşümüyle hassas ve karmaşık sorunlar meydana gelirken.⁴ diğer yandan sadece kişiye insan olmasından dolayı bahşedilmiş, kökenleri veya din, dil, ırk, cinsiyet vb. özellikleri ne olursa olsun tüm insanlarda aynı şekilde var olan onur, farklı kaynakları ve kökenleri nedeniyle anlaşılması güç meseleleri beraberinde getirmiştir.⁵ İşte bu karışıklığı çözebilmek için öncelikle yapmamız gereken kavramsal analizdir. Ancak analizi yaparken unutmamak gerekir ki, bir siyasi ilkenin felsefi temellerini ortaya çıkaramadığımız müddetçe, o ilkenin özel uygulamasına ait sularda bir kıydan diğerine kürek çekmemiz zor olacaktır.⁶ O halde, kavramsal karışıklık ilkelerin felsefi temelleri ortaya atılarak giderilmelidir. Ancak terimlerin anlamlarını ve felsefi temellerini belirlemek sorunu tümünden çözmemektedir. Zira, kavramlar bize kaba bir ön teori rehberi olmaktan daha fazlasını vermemekte, kavramların boyutları ve uygulamadaki zor problemlerin çözümü konusunda yetersiz kalmaktadır.⁷

Bir ifadenin ne zaman özgürlük korumasından yararlanacağına, ne zaman yararlanamayacağına ilişkin ortaya çıkan ikinci zorluk, kanaatimizce doktrinde öngörülen koşulların isabetsizliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, doktrinde eleştiri hakkı, haber verme hakkının bir unsuru olarak görülmekte ve haber verme hakkının esasları ya da koşulları eleştiri hakkı içi de aranmaktadır. Ancak bir olayın haber niteliğinde olması için aranan koşulları (olayın gerçek olması, güncel olması, kamusal ilgi ve yararın bulunması ve son olarak da verilen olay ile işlenen suç arasında düşünsel bir bağ bulunması) eleştiri hakkı için öngörmek kanaatimizce isabetli değildir. Nitekim, kişiler ya da basın, haber vermeden de bir olayı

⁴ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2013, (Özgürlükler Hukuku), s.11. “İnsan özgürlüğünün ne olduğunun iyi anlaşılabilmesi için özgürlük kavramını günlük dildeki kimi yanlış kullanımlardan arındırmak gerekir. Sözelimi kafesinden kaçan kuşun özgürlüğüne kavuştuğunu söylemek bir alışkanlık olmuştur. Oysa bunun bizim düşündüğümüz anlamdaki özgürlükle bir ilgisi yoktur. Çünkü kuşun kaçışı, doğanın kendisine çizdiği yolun dışında yeni bir yaşam biçimi elde etmek için değil, tersine, doğanın kendisi için belirlediği yaşam biçimini tam olarak uygulamak içindir. Bu, eğer kuşlar için mutluluk diye bir şey varsa, kafesten kaçan kuşun eskisine bakışla daha mutlu olmayacağı anlamına gelmez. Olsa olsa, kuşların mutluluğunun, özgürlükle ilgisiz olmak bakımından, insan mutluluğuna benzemeyen başka türden bir mutluluk olduğu anlamına gelir.” Vehbi Hacıkadiroğlu, **Özgürlük Hukuku**, Cem Yayınevi, İstanbul, 2002, (Özgürlük Hukuku), s.20.

⁵ Altan Heper, “Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:24**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s.17.

⁶ Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara, 2002, Önsöz.

⁷ Schauer, s.18.

eleştirebilir. Dolayısıyla eleştirmek için ne olayın haber verme niteliği taşıması ne de haber verme esaslarına uyması gerekir. Gerçekten eleştiri hakkı kullanılırken haber niteliğini taşıyan bir olayın aktarılması zorunlu olmamakta ve bu hakkını kullanırken kişi sadece bir değer yargısında bulunmaktadır. Dolayısıyla eleştiri hakkının unsurları, haber verme hakkının unsurlarından ayrılmalı ve eleştiri hakkı için yeni unsurlar öngörerek bir değerlendirme yapılmalıdır.

Eleştiri hakkıyla ilgili ortaya çıkan üçüncü zorluk, hakların/değerlerin çatışmasından ileri gelmektedir. Zira, her ne kadar gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse anayasalarda ifade özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün bir sınırı olarak itibarın korunması düzenlense de, ifade özgürlüğü ile onur, şeref ve saygınlık arasındaki bu çatışmanın nasıl çözümleneceği, dolayısıyla hangi değere neden üstünlük tanınacağı üzerinde bir uzlaşmaya varılamamıştır. Temel olarak bu çatışma; hakların dengelenmesi ile haklar arasındaki iç ilişkiler ve anayasal özgürlükler sistemi metotlarıyla çözümlenmektedir. Özellikle, kavramlar arasındaki ilişki, gerilim ve etkileşimi anlamak ve çatışmayı çözebilmek için en sık başvuru metot haklar arasında *adil bir dengenin (a fair balance)* kurulmasıdır. Bu dengeleme, soyut olarak olay öncesinde öngörülecek ölçütlere göre yapılabileceği gibi, somut olay ortaya çıktıktan sonra da yapılabilir. Dolayısıyla öngörülen soyut ve somut olaya göre tartım farklı sonuçlara yol açmaktadır. Ancak her ne kadar eleştiri hakkıyla çok yakından ilgili olsa, da hakların çatışması ve çözümüne ilişkin bu ilkeler ülkemizde doktrinde ve uygulamada tartışılmamaktadır. O halde, bu çatışmanın nasıl olabileceği ihtimalleri üzerinde durulmalı ve tartıma ya da dengelemeye ilişkin bazı kriterler getirilmelidir.

Eleştiri hakkıyla ilgili ortaya çıkan dördüncü zorluk, yukarıda bahsettiğimiz türden bir çatışma olduğunda bu çatışmayı kimin uzlaştıracığına ilişkindir. Gerçekten bu çatışmayı çözmeye yasama organı mı yoksa yargı organı mı görevlidir? Bu sorun aşağıda art arda incelediğimiz iki sorunla da yakından ilgilidir.

Şayet bu çatışmayı çözmeye yetkili olan yargı organlarıysa karşımıza beşinci zorluk çıkmaktadır. Nitekim yargı kararlarında sürekli olarak farklı nitelikte değerlendirmeler yapılarak değişik türde kararlar verilmekte, belirli ölçütler uygulanmamakta ve dolayısıyla suç oluşturan beyan ile eleştiri hakkından yararlanan ifade arasındaki sınır çizilememektedir. Gerçekten, Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi “*kabul edilebilir eleştiri*”den bahsetmekte ve toplumda “*tanınan*” kişilerin eleştiriye daha çok tahammül etmesi gerektiğini vurgulamakta, ancak “*kabul edilebilir eleştiri*”ye ilişkin yol gösterici ölçütler sunmaktan ziyade bu çatışmayı dengeleme görevinin yerel mahkemelerde olduğuna vurgu yapmaktadır. Aynı şekilde, Yargıtay kararları incelendiğinde eleştiri sınırları içinde kalan ya da bu sınırları aşip suç oluşturan ifadelerle ilişkin çok sayıda karar olmasına karşılık, bu tespitin nasıl, neye göre veya hangi ölçütlerle yapıldığına ilişkin açıklamalar bulunmamaktadır. Ayrıca mahkeme kararları arasındaki tutarsızlıklar da eleştiri ile suç arasındaki ince sınırı belirlemeyi güçleştirmektedir. Gerçekten eleştiri ile hakaret arasındaki ince çizgiye ilişkin çok sayıda karar tarandığı halde, Yargıtay’ın bu tespiti nasıl yaptığını ilişkin doyurucu kararlara ulaşılamamıştır. Nitekim çoğu kararda, ya metnin bütüne yer verilmeyerek sadece yazının içinden birtakım kelimeler seçilmiş ya da sadece ifade belirtilerek “*eleştiri sınırları içinde kalmıştır/kalmamıştır*” şeklinde çok sayıda gerekçesiz kararlar yazılmıştır. Dönemlere ve yıllara ayrılarak da incelendiği halde, kararlar arasında tutarlılık bulunmadığı gözlenmiştir. Örneğin, bir dönem beddua okumak hakaret kapsamında kabul edilirken, şu an yakınma kabul edilerek ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Buna karşılık, bir dönem kaba bir söz olarak kullanılan “*lan*” ifadesi özgürlük korumasından yararlanırken, günümüzde hakaret olarak kabul edilmektedir. Nitekim yakın tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında belirtildiği üzere, iş için gittiği karakolda polise “*yeter lan*” ifadesini kullanan kişinin eleştiri hakkı sınırlarını aştığına hükmedilmiştir. Bu bağlamda bir diğer sakıncaya dikkat çekmek gerekir. Yargıtay kararlarındaki bu değerlendirmeler, basın aracılığıyla halka çok hızlı bir şekilde ulaşmakta ve çoğu zaman sadece belirli kelimeler seçilmekte, bu ifadeleri kullanmanın suç olup olmadığı şeklinde haberler yapılmaktadır. Kanaatimizce, bu değerlendirme sakıncaları barındırmaktadır. Nitekim hiçbir ibarenin metnin bütünü dikkate alınmadan suç oluşturup oluşturmayacağına karar verilmemelidir.

Ortaya çıkan altıncı zorluk, kanuni düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Zira, en önemli düzenlemeler, çoğu kez, aniden gelişen koşullara- ya da yöneticilerin başına buyruk tutumlarına göre şekillenmektedir.⁸ Gerçekten kanun koyucuların

⁸ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), 3. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2013, s.21.

eğilimleri, sürgit gücü ve mutluluğu kendilerine, sefaleti ise toplumun geri kalan kesimlerine bırakmak olarak yoğunlaştığından,⁹ birdenbire ve özensiz oluşturulan metinler eleştiri hakkının sınırlarının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Kaldı ki, kanuni düzenleme sorunsuz olsa dahi, hakaret oluşturan kimi ifadelerin soyut, sübjektif ve göreceli karakteri “*suçun açık, anlaşılır ve kesin*” olması gerektiği ilkesiyle çelişmekte ve sorunlara yol açmaktadır. Nitekim, kişi hangi ifadeyi kullanırsa eleştiri hakkının sınırları içerisinde kalacak hangi ifadeyi kullanırsa fiili suç olarak nitelendirilecek bilmemektedir.

Yedinci zorluk, hakareti suç olmaktan çıkarma eğilimi ve hakaretin cezalandırılabilirliği üzerinedir. Bu sorun, direkt eleştiri hakkına ilişkin olmasa da, bu konudaki gelişmeler konuyu yakından ilgilendirmektedir. Hakaretin suç olmaktan çıkarılması eğilimi, toplumlarda giderek yaygınlaşmaktadır. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi gibi uluslararası kuruluşlar, Article 19 gibi uluslararası basın örgütleri ve hatta çoğu kez yargı organları kararlarında bu eğilime vurgu yapılmaktadır.

Tezin amacı, yukarıda bahsettiğimiz tüm bu sorunları tartışarak eleştiri ile suç oluşturan beyan arasındaki ince sınırı tespit etmektir. Bu sebeple, çalışmamız klasik suç tipi incelemelerinden farklılaşmaktadır. Keza çalışmamızda hakaret suçunu unsurlarıyla irdelemek yerine amaca ulaşmak için farklı bir yöntem tercih edilmiştir. Çalışmada, ağırlıklı olarak TCK m.125’te düzenlenen “*hakaret suçu*” ve TCK m.299’da düzenlenen “*cumhurbaşkanına hakaret suçu*”nda hukuka uygunluk nedeni olarak eleştiri hakkı incelenmiştir. Suçla korunan hukuki değer farklı olduğu için TCK m.216’da düzenlenen “*halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*” ve TCK m.301’de düzenlenen “*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama*” suçları çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca, her ne kadar kapsam bakımından benzerlik gösterse de, haksız fiil sonucu öngörülen özel hukuk yaptırımları çalışmanın dışında tutulmuştur. Elbette, bu konuda çalışma yapmak için farklı yöntemler ve çeşitli planlar tercih edilebilirdi. Ancak, çalışmamızın çıkış noktası hakların/değerlerin çatışmasıdır. Dolayısıyla, bu çatışmayı çözebilmek için yapılacak olan tartışmada şu şekilde yol izlenmesi ve plan yapılması tercih edilmiştir: Öncelikle birinci bölümde şeref karşı suçlar ve hakaret

⁹ Beccaria, s.21.

suçu hakkında genel bilgiler verilmiş ve hakareti benzer suçlardan ayıran düzenlemeler tespit edilmiştir. Hakaretin Türk Ceza Kanununda düzenlenişinden hareket ederek eylemin rencide edici nitelikte olmasıyla, hakaretin iki yönü (somut fiil ya da olgu isnat etmenin ve sövme) incelenmiştir. Daha sonra genel olarak suç ve ceza kavramına yönelik açıklamalar yapılmış ve hakaretin neden suç olarak düzenlendiğine ilişkin tarihsel ve karşılaştırmalı hukuktan bilgiler verilmiştir. İlk bölümde, son olarak son zamanlarda gözlemlenen hakaretin suç olmaktan çıkarılması eğilimine ve hakaretin cezalandırılabilirliğine ilişkin incelemelerde bulunulmuştur.

İkinci bölümde ise, eleştiri hakkının ne anlama geldiğine, önemine ve hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bölümde, eleştiri hakkının kaynağı ve dayanağı ifade özgürlüğü olduğu için önce ifade özgürlüğünden ne anlaşılması gerektiğine, sonra da ifade özgürlüğünün Anayasada düzenlenişine değinilmiştir. Bu bölümde, eleştiri hakkı ve farklı değerler sistemi adıyla yer alan diğer başlıkta, eleştiri hakkı için doktrinde öngörülen koşullar incelenmiştir. Onur temelli ve özgürlük temelli iki farklı yaklaşım ele alınarak, hak/değer çatışması ve bu çatışmanın çözümüne ilişkin öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın her iki bölümünde de tündengelim yöntem tercih edildiği halde bölümlerin içerisindeki bazı başlıklarda tümevarım çalışma yapma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Çalışmada yukarıda bahsettiğimiz zorluklardan bir kısmı; tarihçeden, karşılaştırmalı hukuktan ve yargı kararlarından yararlanılarak aşılmaya çalışılmıştır. Ayrıca güçlüklerin bir kısmını aşmak için, sınırlı da olsa disiplinler arası bir çalışma yapılmış; felsefe, psikoloji, sosyoloji ve antropoloji gibi alanlardan faydalanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKARET SUÇUNUN KURAMSAL BOYUTU

1.1. HAKARET SUÇU

1.1.1. Genel Olarak Şerefe Karşı Suçlar ve Hakaret Suçu

5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap, İkinci Kısım, Sekizinci Bölümünde, “*Şerefe Karşı Suçlar*” düzenlenmiştir.¹⁰ Bu bölümde yer alan TCK'nın 125.maddesiyle hakaret suçu ve nitelikli halleri, 126. maddesinde mağdurun belirlenmesi için kabul edilen ölçü, 127.maddede isnadın ispatı, 128. maddede iddia ve savunma dokunulmazlığı, 129. maddede ise cezanın kaldırılması veya azaltılmasını gerektiren bir takım sebepler düzenlenmiştir. Ayrıca bu bölümde TCK'nın 130.maddesinde kişinin hatırasına hakaret suçu öngörülmüş ve son olarak TCK'nın 131.maddesinde hakaret suçunun soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin usul düzenlenmiştir.¹¹ Bölümün başlığı, korunan hukuki değerin şeref olduğundan bahisle şerefe karşı suçlar olarak belirlenmiş ve bu suçlarla özgürlük hakkı ya da devlet iradesi değil, mağdurun şerefi korunmak istenmiştir.¹²

Ancak suçla korunan hukuki değerin şeref olduğu suçlar yalnızca bu bölümde düzenlenenlerle sınırlı değildir. Gerçekten de sadece şerefi ihlal etmekle kalmayıp başka hukuki varlık (ya da varlıkları) ihlal eden suçlar ayrıca başka bölümlerde düzenlenmiştir.¹³ Zira bu suçlar bakımından ön plana çıkan, şerefin yanında, devlet organlarının saygınlığı ya da devletin yabancı devletlerle ilişkisidir.¹⁴ Ayrıca, mağdurun sıfatı veya farklı hukuki değerlerin korunmasının ön plana alınması hali de düşünüldüğünde bazı hallerde ayrı düzenlemeler yapılması zorunlu olmuştur.¹⁵

¹⁰ Bu bölüm altında hakaret, sövme ve kişinin hatırasına hakaret suçları düzenlenmiştir.

¹¹ Bu düzenleme her ne kadar bu başlığı taşısa da esasen maddede ölünün hatırasına hakaret ve ölüyü tahkir olmak üzere iki bağımsız suç öngörülmüştür. Bkz. Caner Yenidünya ve Mehmet Emin Alşahin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 68, Ocak-Şubat 2007, s.44.

¹² Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, (Özel Hükümler), s.479.

¹³ Bu nedenle, özel tahkir suçlarında suçun pasif süjesi şerefi ihlal edilen kişi değil, çoğu defa devlettir. Bkz. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s.103.

¹⁴ Özbek ve diğerleri, **Özel Hükümler**, s.479.

¹⁵ Sahir Erman, **Hakaret ve Sövme Suçları**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1989, s.4; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt:

Dolayısıyla şeref dışında başka değerleri de koruyan suçlar “*Şerefe Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmemiştir. Gerçekten, TCK’nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Üçüncü Bölümünde “*Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*” düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan TCK’nın 299.maddesinde “*Cumhurbaşkanına Hakaret*”, 300.maddesinde “*Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama*”, 301.maddesinde “*Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama*” suçu düzenlenmiştir. Ayrıca Sekizinci Bölümde “*Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar*” bölümünde yer alan 341.maddede “*Yabancı Devlet Bayrağına Karşı Hakaret*” suçu düzenlenmiştir.

Bu esastan yola çıkılarak doktrinde ikili bir ayırım yapılmış, bireyin şerefine saldırı teşkil edenlerden, sadece şerefi ihlal edenler “*genel tahkir (hakaret) suçları*” olarak,¹⁶ şereften başka birtakım değerlere de tecavüz edenler ise, “*özel tahkir (hakaret) suçları*” olarak adlandırılmıştır.¹⁷ Gerçekten TCK’da da genel tahkir ve özel tahkir suçları arasındaki ayırım korunmuş ve tüm tahkir suçları aynı başlık altında yer almamıştır.¹⁸ Özetle, genel tahkir suçlarında sadece suça hedef olan kişinin şerefi himaye edildiği ve bu sebeple anılan suçlar “*Kişilere Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlendiği halde, özel tahkir suçları, başka neviden bir kısım menfaatleri koruduğundan bu menfaatin niteliğine göre, sözü geçen suçlar kanunun farklı bölüm ve kısımlarında düzenlenmiştir.¹⁹

Şerefe Karşı Suçlar bölümünde yer alan TCK’nın 125.maddesinde hakaret suçu ve bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. Ancak hakaretin cezalandırılabilirliğine ilişkin şartlar sadece TCK’nın 125.maddesinde gösterilenlerle sınırlı değildir. Dolayısıyla TCK’nın 126.maddesinde suçun maddi

I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.219.

¹⁶ Erman, s.3; Hakan Hakeri, “Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kollektif Hakaret”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, 1999, s.412; Veli Özer Özbek, “Şerefe Karşı Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, 2005, s.256; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler s.479; Emine Ülker Tarhan, **Yeni Türk Ceza Yasası’nda Tehdit ve Hakaret Suçları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.265; Toroslu, s.102; İlhan Üzülmmez, “Hakaret Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:12, 2010, (Hakaret Suçu), s.41; Yenidünya ve Alşahin, s.43.

¹⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, (Özel Hükümler), s.1113; Erman, s.3; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.479; Tarhan, s.265; Toroslu, s.102; Özbek, s.256; Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.41

¹⁸ Bu durumun nedeninin suçun mağdurunun kişiler değil devlet olduğu hakkında Bkz. Utku Coşkun Sakarya, “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y:2013 S:2, s.411.

¹⁹ Erman, s.4.

unsuruyla, 127 ve 128.maddelerinde hukuka aykırılık unsuruyla, 129.maddede ise kusurlulukla ilgili düzenlemeler de yer aldığından, her bir maddenin ayrı ayrı incelenmesi yerine, suçun yapısında ilgili oldukları kısımlar bir bütün olarak ele alınmalıdır.²⁰

TCK'nın 125.maddesinin birinci fıkrasında; hakaret suçu, *“Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. (2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur. (3) Hakaret suçunun; a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. (4) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır. (5) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.”* şeklinde düzenlenmiştir.²¹ ²² 765 sayılı TCK'da hakaret ve sövme suçu bağımsız suçlar olarak kabul edilerek ayrı maddelerde ve farklı yaptırımlarla düzenlenmişken 5237 sayılı TCK'da iki suç tipi aynı maddede seçimlik hareketler olarak yaptırım altına alınmıştır.²³

²⁰ Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.42.

²¹ Hakaret suçu 765 sayılı TCK'nın Dokuzuncu Babında, *“Hakaret ve Sövmeye Cürümleri”* başlığında, 480 ve 482.maddelerde düzenlenmiş bulunmaktaydı. Ayrıca 765 sayılı Kanunun 266.maddesinde kamu görevlisine hakaret suçu ve 175/2.maddesinde dinsel inançlardan kaynaklanan hakaret suçu - müstakil bir maddede- düzenlenmiştir.

²² 765 sayılı TCK'nın 480.maddesinde *“Her kim, toplu veya dağınık ikiden ziyade kimse ile ihtilat ederek diğer bir şahıs hakkında bir maddei mahsusa tayin ve isnadı suretiyle halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak bir fiil isnat ederse, üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüzbin liradan bir milyon liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.”* ve 482.maddesinde *“Her kim, toplu veya dağınık ikiden ziyade kimse ile ihtilat ederek her ne suretle olursa olsun bir kimsenin namus veya şöhret veya vakar ve haysiyetine taarruz eylerse üç aya kadar hapis ve ellibin liradan beşyüzbin liraya kadar ağır para cezasıyla mahkum olur.”* şeklinde düzenlenmiştir.

²³ Hakaret suçunun cezasının sövme suçuyla aynı olması eleştirilmiştir. Bkz. Ayfer Çalışır ve Kurtuluş Tayanç Çalışır, **Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. 7-8.

TCK m.125/2’de “Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.” şeklinde hüküm yer almaktadır.

TCK m.125/3’te hakaret suçunun nitelikli halleri; “a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.” olarak düzenlenmiştir. Konumuz açısından kamu görevlisine hakaret önem arz etmektedir. Nitekim çoğu zaman, eleştirinin yöneldiği kişi kamu görevlisi olmaktadır. Suçun mağdurunun kamu görevlisi olması halinde TCK m.131/1 gereği soruşturma ve kovuşturma re’sen yapılır. Ancak kamu görevlisine görevini yerine getirirken hakaret edilmesi halinde her zaman bu madde uygulama alanı bulmayacaktır. Nitekim fıkra da açıkça belirtildiği üzere, nitelikli halin oluşması için kamu görevlisine, görevi sebebiyle hakaret edilmiş olmalıdır. Dolayısıyla hakaret suçuyla mağdurun yerine getirdiği görev arasında nedensellik bağlantısı olmalıdır.²⁴ Bununla birlikte suçun görev sırasında işlenmesi gerekmekte, görev dolayısıyla işlenmesi yeterli kabul edilmektedir.²⁵ Dolayısıyla, kamu görevlisine görevinden ayrıldıktan ancak görevinden dolayı hakaret edildiğinde de bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.²⁶

“Fransız Hukukunda da hakaret ve sövme suçu ayrı ayrı düzenlenmiştir. Hakarete bir maddei mahsus (somut nitelikte bir isnad), sövmeye ise bir maddei mahsus olmaksızın yapılan saldırı söz konusu olmaktadır. Hakaret suçu Ceza Kanununda değil, fakat 29 Temmuz 1881 tarihli ve pek çok değişikliğe uğrayan ve Basın Özgürlüğü Hakkında Kanunun 29 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, bu düzenlemeler failin oldukça lehinedir.” Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.499.

²⁴ Tezcan ve diğerleri, s.519; Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.54. “Sanığın emniyet müdürlüğü önünde nöbet tutan ve kendisine karşı bir görev ifa etmeyen polis memuruna <yata yata para kazanıyorsunuz şerefsizler> diyerek hakaret etmesinin bir görevden dolayı değil, görev sırasında gerçekleşmesi karşısında TCY’nın 125/3. maddesinin uygulanamayacağının gözetilmemiş olması hukuka aykırıdır.” Y.4.CD. 06.05.2008 E: 2008/3635 K: 2008/8577, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=5040>, (E.T.: 05.01.2015).

²⁵ Tezcan ve diğerleri, s.519; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.492; Yenidünya ve Alşahin, s.72. “Devriye görevi yapan mağdur polislerin lokanta sahibine kapanış saatini hatırlatarak lokantadan çıkacakları sırada orada yemek yiyen sanığın görevlilere sövmüş olması karşısında; sövmenin sanığa karşı ifa edilen bir görevden dolayı olmayıp, görev sırasında işlendiği gözetilmeden” hüküm kurulması hukuka aykırıdır. Y. 4. CD., 05.04.2004, 5970/4250 sayılı karar. Bkz. Erol Çetin, **Yeni Türk Ceza Yasası’ndaki Hakaret Suçları**, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.96.

²⁶ Yenidünya ve Alşahin, s.72.

TCK m.125/4'te, "*Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altında biri oranında artırılır.*" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.²⁷ Kanunda aleniyet tanımlanmamakta,²⁸ ancak belirsiz sayıdaki kişinin hakaret oluşturan hareketlere vakıf olması şeklinde anlaşılmaktadır.²⁹ Herkesin girebilmesinin mümkün olduğu, yani herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerler, toplu taşıma araçları, bunlara ait duraklar, metro istasyonları, sokaklar, caddeler, köprüler, ibadet yerleri, herkese hizmet sunan işyerleri, karakol, hastane, park, alışveriş merkezi gibi umumi mahaller ile umumi olmamasına rağmen insanların gelip geçebileceği mahallerdeki bağ, bahçe, tarla gibi yerler aleni kabul edilmektedir.³⁰

TCK m.125/5 "*Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

1.1.2. Hakaret Suç Tiplerinde İfade Özgürlüğü ve İnsan Onuru Arasındaki Gerilim

Bir yandan Anayasa m. 25'te düşünce ve kanaat hürriyeti, Anayasa m. 26'da düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenirken, diğer yandan Anayasa m. 17'de herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, Türk Medeni Kanunu m. 25'te kişilik haklarının korunması için dava açabileceği belirtilmiş, Türk Borçlar Kanunu m. 49'da haksız fiilden doğan sorumluluk haline yer verilmiş ve TCK m. 125'te hakaret suçu düzenlenmiştir.³¹

²⁷ Maddenin ilk halinde yer alan "*basın ve yayın yoluyla işlenmesi*" nitelikli hali 5377 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu çıkarılmıştır. Bu değişikliğin çok önemli olmadığı, zira, basın yayın yoluyla işlenmenin aleniyet kavramı içinde yer aldığı hakkında Bkz. Tezcan ve diğerleri, s.521; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.493.

²⁸ İhtilat için en az üç kişinin varlığını arayan kanunun aleniyet için iki kişinin varlığını aramasının çelişki olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Zeki Hafızogulları ve Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.225.

²⁹ Tezcan ve diğerleri, s.521; Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.54.

³⁰ Ancak herkesin girebilmesi olanaklı olmayan işyerleri, belirli kişilere açık kulüpler, misafirhaneler, özel araçlar aleni yerlerden değildir. Bkz. Tarhan, s.310.

³¹ Dolayısıyla terazinin her iki kefesine farklı değerler konulmakta ve bunlar bir tartıma tabi tutulmaktadır. Ancak, özel hukuku ilgilendirdiği için Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundaki düzenlemeler bu çalışmada incelenmeyecektir.

Genel olarak hakaret suçuyla; bir kimsenin onur, şeref, saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil isnat etmek ya da sövmek cezalandırılmaktadır. Hakaret suçlarında, saldırı eyleminin hedefi onur olarak ifade edildiğinden ve bireyin toplum içinde itibarı ve diğer insanlar nazarındaki saygınlığı insan onuru kavramıyla ilişkili olduğundan bu suçun, diğer hukuksal değerlerin yanında, insan onurunu da koruduğu ileri sürülmüştür.³² Peki, hakaret suçlarında insan onuru ceza hukukuyla korunan veya korunması gereken bir hukuksal değer midir? Şayet korunmaktaysa, bir yanda tüm hak ve özgürlüklerin kurulu olduğu kaynak özgürlük durumunda olan ifade özgürlüğü, diğer yanda gerekçelendirilmeye dahi ihtiyaç duymayan tüm hakların ondan kaynaklandığı ileri sürülen insan onuru bulunmaktadır. İşte, bu noktada ikinci sorun ortaya çıkmakta; hakaret suç tiplerinde çoğunlukla karşı karşıya gelen bu iki değer arasındaki ilişkinin nasıl olduğu, hangisine üstünlük tanınacağı ya da bunların nasıl uzlaştırılacağı, dolayısıyla hangi fiilin cezalandırılacağı ve neyin cezalandırılmayacağı önem taşımaktadır. Nitekim istisnasız tüm demokrasiler, kimi zaman farklı terimler kullansa da, bu iki değer arasında mündemiç olan bu gerilimin farkına varmakta ve sıklıkla bunları uzlaştırma girişiminde bulunmaktadır.³³ Gerçekten Avrupa’da, ifade özgürlüğü kavramı ile onur kavramı arasında Amerika Birleşik Devletleri’nden ileri bir düzeyde etkileşim yaratılmakta ve sınırsız ifade özgürlüğü “*insan onuru*” kavramı ile dengelenmeye çalışılmaktadır.³⁴

Bahsettiğimiz bu gerilim; biri olumlu, diğeri olumsuz iki farklı anlama işaret etmektedir. Şöyle ki; bu gerilim, insan onurunun ifade özgürlüğünü doğurmakta ya da ifade özgürlüğünün insan onurundan doğduğu şeklinde aradaki yapıcı ilişkiyi ifade etmek için kullanılabilir. Bu bağlamda, aradaki ilişki müspet manada açıklanmış olmaktadır. Yahut bu gerilim, tansiyon ya da gerginliği ifade edecek biçimde çatışmayı içeren bir anlam da kazanmaktadır. Bu anlamıyla aradaki ilişki menfi anlamıyla açıklanmaktadır. Her ne kadar insan onuru ve özgürlük birleşik gibi görünse de, teorik netlik onur ve özgürlük arasında ikili bir ayrım gerektirir.³⁵ Nitekim bu değerlerin her birinin içeriği kültüre özgü ve farklı hukuk sistemleri

³² Yener Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 22.Kitap**, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, (İnsan Onuru), s.578.

³³ Carmi, s.306.

³⁴ Öykü Didem Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku- ve Ceza Hukuku 1: Amerika Birleşik Devletleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.45.

³⁵ Carmi, s.306.

arasında değişmekte olduğundan³⁶ onur ile özgürlüğün anlamı, bu değerler arasındaki ilişki ve dolayısıyla bu değerler arasındaki bağlantı da kültürler arası değişmektedir.

1.1.3. Onur/ Şeref/ Saygınlık/ Şöhret

1.1.3.1. Sorun Tespiti

Bu terimlerle ilgili olarak karşımıza iki sorun çıkmaktadır. İlk olarak, şerefe karşı suçlarda ortaya çıkan zorluk, korunan hukuki değerın manevi nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Buradaki koruma, maddi değerlerin korunduğu suçlara oranla, nispi bir nitelik taşımaktadır.³⁷ Nitekim, manevi değerlerin korunması hukuk sisteminden hukuk sistemine farklılık göstermekteyken, maddi değerlerin korunması hukuk sistemlerinde birbirine benzerdir.³⁸ Gerçekten de, çoğu hukuk sisteminde hayata, vücut bütünlüğüne ve malvarlığına karşı suçlarda benzer düzenleme yapıldığı halde, örf ve adet kuralları her toplumda farklı bir şekilde geliştiğinden şerefe karşı suçlarda değişik düzenlemeler görölmektedir.³⁹ Dolayısıyla onur, şeref, saygınlık kavramlarına verilen farklı anlamlar göz önünde bulundurulduğunda şerefe karşı suçlar bölümünde düzenlenen suçlar TCK'nın ikinci kitabının en tartışmalı kısımlarından birini oluşturmaktadır. Elbette suçla korunan hukuki değerin onur, şeref ya da saygınlık olduğu suçlar, şerefe karşı suçlar bölümündeki düzenlemelerle sınırlı değildir. Ancak şerefe karşı suçların, bu değerleri(onur veya şerefi) koruyan diğer suçlarda ortaya çıkmayan sorunları barındırmasının en önemli nedeni, korunan hukuki değerin *sadece* onur, şeref ve saygınlık olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim TCK'da düzenlenen diğer tüm suçlarda bu nitelikte soyut hukuki değerlerin yanında başka değerler de korunmakta, dolayısıyla madde açıklamaları somutlaşmakta ve maddenin uygulanmasına ilişkin sorun yaşanmamaktadır.

İkinci olarak suçla korunan hukuki değer üzerinde her ne kadar tartışma olmasa da, bu kavrama verilen anlamlar gerek doktrinde gerekse uygulamada

³⁶ Carmi, s.307.

³⁷ Centel ve diğerleri, s.212.

³⁸ Centel ve diğerleri, s.212.

³⁹ Mustafa Özen, "Hakaret Suçu ve İnternet Yolu İle İşlenmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:75, Ankara 2008, s.94.

farklılaşmaktadır. Hakaret suçunda suçla korunan hukuki değerin onur, şeref, saygınlık olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır.⁴⁰ Nitekim, madde gerekçesinde de, hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değerin, kişilerin “şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı diğer fertler nezdindeki saygınlığı” olduğu belirtilmiştir.⁴¹ Ancak, TCK’nın 125.maddesinde düzenlenen hakaret suçunda, suçla korunan hukuki değer olan, onur, şeref, saygınlık terimlerinde ne doktrinde ne de uygulamada mutabakat sağlanmıştır.⁴² Peki; anayasalarda sınırlama sebebi olarak öngörülen, ceza kanunlarında suçla korunan hukuki değer olan; onur, şeref, saygınlık, şöhrat vb. terimlerden anlaşılması gereken nedir? Kanaatimizce, farklı anlamlara işaret ettiklerinden, “onur”, “şeref”, “saygı” vb. kavramlar birbirlerinden ayrılmalı ve terimler netleştirilmelidir.⁴³ Bu ayrımın daha iyi bir şekilde ortaya konulabilmesi için öncelikle “insan onuru” terimi incelenmelidir.

1.1.3.2. İnsan Onuru

İnsan haklarının temelinde, mutlak, dokunulmaz ve temel değer olan insan onuru bulunmaktadır.⁴⁴ Hakaret suçlarında, saldırı eyleminin hedefi onur olarak ifade edildiğinden ve bireyin toplum içinde itibarı ve diğer insanlar nazarındaki saygınlığı insan onuru kavramıyla ilişkili olduğundan, bu suçun, diğer hukuksal değerlerin

⁴⁰ Centel ve diğerleri, s. 221; Çalışır/Çalışır, s.17; Hafizoğulları ve Özen, s.221; Özen, s.94; Tarhan, s. 276; Tezcan ve diğerleri, s.500; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.483; Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.42; “Hakaret suçunun cezalandırılmasında güdülen amaç, kişiye toplum içinde saygınlık sağlayan şeref ve onur gibi manevi değerlerin korunmasıdır.” (Y.4.CD., 19.02.2010,8335/2791). “Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı”dır. Kararlar için Bkz. Y.4.CD., 15.01.2014, E. 2012/30384 K. 2014/574; Y.4.CD.,16.12.2013, E.2012/28863 K. 2013/32316; Y.4.CD.; 01.10.2013, E. 2012/8059 K. 2013/24237; Y.4.CD.; 10.09.2013, E. 2012/10254 K. 2013/21649, www.kazancı.com, (07.01.2015).

⁴¹ Hukuk düzeninin, şeref kavramını korunması gereken bir değer olarak kabul ederek kişilerin toplumdaki sosyal anlamdaki değerlerine, itibarlarına gereken saygının gösterilmesini sağlamayı ve zarar vermeyi önlemeyi amaçladığı yönünde Bkz. Tarhan, s.276.

⁴² Bununla birlikte, gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse anayasalarda ifade özgürlüğünün sınırları hakkında da uzlaşma ve terim birliği bulunmamaktadır.

⁴³ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999, s.60. Ünver, İnsan Onuru, s.31. Yaygın olarak “itibar”, “saygınlık” kelimeleri ile objektif şeref; “onur”, “haysiyet” kelimeleri ile de subjektif şeref kastedildiği hakkında Bkz. Gülerdem Öçkoymaz Altun, **Hakaret Suçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.8.

⁴⁴ Şimşek, s.5.

yanında, insan onurunu da korumakta olduğu ileri sürülmüştür.⁴⁵ O halde, gerek kavramın ortaya çıkışı, gerekse kavramın kapsayıcı niteliği göz önünde tutulursa bireylerin toplum içindeki itibarıyla diğer insanlar nezdindeki saygınlığı insan onuru kavramıyla ilişkili olduğundan⁴⁶ öncelikle insan onuru terimini incelemek metodolojik açıdan yerinde olacaktır. Ancak, insanın kişiliğine, öz değerine ilişkin bir kavram olan ve insanın özerkliğinin, varlık nedeninin temelini oluşturan onur kavramını⁴⁷ her ne kadar pozitif anayasa hukukuna ait bir kavram olsa da⁴⁸ salt anayasal bakış yöntemiyle anlamak zordur.⁴⁹ Zira, insan onuru, yüzyıllar boyu teoloji ve felsefenin en tartışmalı konuları arasında yer almıştır.⁵⁰ Dolayısıyla insan onurunun ne olduğunu belirlemek için tüm kültür, ahlak ve özellikle hukuk düzeninden yararlanmak gerekmektedir.⁵¹ Dolayısıyla, bu başlıkta ilk başta, insan onuru kavramının nasıl ortaya çıktığı ve kavramın zaman içinde geçirdiği evrim dikkate alınarak ve diğer disiplinlerden de yararlanarak bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulacak, sonrasında da hakaretin gerçekten insan onurunu zedeleyip zedelediği sorusuna yanıt aranacaktır.

Her ne kadar uluslararası siyaset ve hukukta insan onuru fikrinin açıkça tanınması ve uygulanması yeni olsa da,⁵² felsefi ve dinsel açıdan insan onuru, antik döneme dayanan, binlerce yıllık geçmişe sahiptir.⁵³ Zira, insan onuru, kökenleri Eski Yunan'a uzanan,⁵⁴ Roma'da farklı anlamlar kazanan,⁵⁵ dinin etkisiyle Ortaçağda

⁴⁵ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, (Hukuksal Değer), s.578.

⁴⁶ Ünver, Hukuksal Değer, s.578.

⁴⁷ Nihat Bulut, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:12, Sayı:3-4, 2008, s.2.

⁴⁸ Starck, s.72. Ancak yazara göre bu ifade bu kavramın anlaşılabilmesinin ve hukuk öğretisinde kullanılabilmesinin tarihteki kökenleri dikkate alınmadan gerçekleştirileceği varsayımına dayanmaz.

⁴⁹ Limbach, s.66.

⁵⁰ Bulut, s.1.

⁵¹ Zafer Gören, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6, Sayı:12, 2007/2, (Dokunulmaz İnsan Onuru) s.27.

⁵² Milton Lewis, "A Brief History of Human Dignity: İdea and Application", **Perspectives on Human Dignity: A Conversation**, Ed: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer, 2007, s.93.

⁵³ Şimşek, s.1.

⁵⁴ Eski Yunan'da ilk zamanlar devletin amacı bireyin özgürlüğünü sağlamak ve onurunu korumaktan ziyade, kamusal düzenin sağlanmasıydı. Bkz. Şimşek, s.15 vd. Bu durum, ilk bakışta, insanın kendine özgü bir değeri olduğuna hakkında tereddüt yaratıyor olsa da gerçekte, yasanın üstünlüğü anlayışı sayesinde polislin baskıcı olmaktan kurtulduğu ve insanın değerine vurgu yapıldığı söylenebilir. Bkz. Bulut, s.3. İnsan onurunun gerçek anlamda ortaya çıkışının ise -tartışmalı olmakla birlikte- Stoacılığa dayandığı ileri sürülmüştür. Bkz. Chapman, Audrey R.; **Human Dignity, Bioethics, and Human Rights, Amsterdam Law Forum**, Cilt:3, Sayı:1, 2011, s.3. Gerçekten de Eski Yunan'da, Helenistik

yeniden anlamlandırılan,⁵⁶ ve nihayet insanın başlı başına bir değer olarak görüldüğü Rönesans ve ardından Aydınlanma hareketiyle⁵⁷ birlikte bugünkü insan haklarının temelini oluşturan bir kavramdır.⁵⁸ Bu açıdan, tarihçesine bakıldığında açıkça görüleceği üzere, insan onuru, kişinin sosyal konumunu vurgulayan bir durumu belirtmekte ve bugünkü anlamından farklı olarak sadece belirli bir statüye sahip kişilerin olduğu konuma işaret etmekteydi. Dolayısıyla tarihçesine bakıldığında Roma’da “*dignitas*” denilen ve bugün insan onuru olarak adlandırılan bu kavram, aslında o dönemde şeref kavramını karşılamaktaydı.

İnsan devlet ilişkisinde bu anahtar kavramın ilk defa hukuksal metinlere alınışı ise vahşi insan hakları ihlallerine (İkinci Dünya Savaşı sırasında) rastlamaktadır.⁵⁹ ⁶⁰ Bu açıdan bakıldığında Avrupa’da yaygın olan görüşe göre, insan

okullar, özellikle Epikürcü okul ile Stoacı okul, siteye bağlı insan anlayışı yerine, insanı ön plana alan bir yönetim anlayışı ortaya koyarak insan değerine önem vermiştir. Bulut, s.3. Bu bağlamda ilk kez, “*dignitas*” yani insan onuru kavramı Cicero tarafından –bugünkü anlamından farklı olarak- insanın sosyal konumunu ve insanın doğasına ilişkin bir kavramı işaret etmek için kullanılmıştır. Bkz.Şimşek, s.18. Yine Eski Yunan Felsefesi içerisinde her şeyin ölçüsünün insan olduğunu belirten Sofistler, devletten ziyade birey ve bireyin özgürlüğü esas alarak insan değerini ön plana çıkarmıştır. Bkz. Şimşek, s.18.

⁵⁵ Eski Roma’da onur kavramı, ahlaki, siyasal, hukuki ve sosyal anlamlara sahipti. Bkz. Lewis, s.93 Roma’da insanın sahip olduğu konumu anlatan önceleri onur olarak daha sonraları *dignitas* olarak kullanılan terim, bugünkü anlamından farklı olarak, kişinin kendisine özgü bir değeri ifade etmesinden ziyade, kişinin davranışlarıyla kazanılabilen ya da kaybedilebilen bir terim olarak kullanılmaktaydı. Bkz. Şimşek, s.19.

⁵⁶ Temelleri Eski Yunan düşüncesine dayanan Ortaçağ felsefesini ve insan onuru düşüncesini; Hristiyan, İslam ve Bizans felsefeleri şekillendirmiştir. Bkz. Kuru, s.13 Nitekim, Hristiyan düşüncesinde herkesin Tanrının bir görüntüsü şeklinde yaratıldığını inancına hâkim olduğundan insan onuru Tanrının bir inayeti olarak kabul edilmiştir. Bkz. Şimşek, s.20. Ancak St Thomas Aquinas’a göre günah işlendiğinde, insan onuru kaybedilmektedir. Bkz. Lewis, s.94 Her ne kadar günahla onur arasında bir ilişki kurulmuş olsa da insan onuru açısından Hristiyanlık, insan kişiliğine bir değer kazandırdığı için önemlidir. Bkz. Bulut, s.6. Ancak bu durum, insan onurunun sadece bir Hristiyan değeri olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira, Batılı düşünürlerin insan onurunun Hristiyan değeri olduğunu ileri sürmesinin aksine İslamiyet’te de insanı üstün sayan, onu bir değer olarak kabul eden ayetlerin varlığı da şüphesizdir. Bkz. Şimşek, s.21.

⁵⁷ Bu zamana kadar insan, bütün yönleriyle, değere sahip bir varlık olarak görülüyordu. Avrupa’da onyedinci ve onsekizinci yüzyılda düşünce akımlarıyla başlayan aydınlanma çağıyla birlikte ortaya çıkan insan hakları sayesinde ve insan haklarının devlet tarafından oluşturulmadığı, insanın devletten önce de haklara sahip olduğu konusunda ortaya çıkan doğal hukuk öğretisiyle birlikte insan onuru kavramı özgürlük kavramıyla bağlantı içinde görülmüştür. Şimşek, s.22. Aydınlanma çağında, insan onuru, Immanuel Kant sayesinde, özellikle “*Aydınlanma Nedir?*” ve “*Ahlak Metafiziğinin Değerlendirilmesi*” eserlerinde, somutlaştırılmıştır. Jeff Malpas, “Human Dignity and Human Being”, **Perspectives on Human Dignity: A Conservation**, Springer Netherlands, Ed: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, 2007, s.19 vd.

⁵⁸ Bulut, s.12.

⁵⁹ Şimşek, ss. 32-35. 1215 Magna Carta Libertatında, 1627 tarihli Petition of Rights ve 1678 Habeas Corpus Act’ta, 1689 tarihli Bill of Rights’ta, 1787 Amerikan Anayasasında ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde insan onuru terimine yer verilmemiştir. İlk defa 12 Ağustos 1942 tarihli Atlantik Şartı bütün insanlara bütün ülkelerde korku ve yoksulluğa karşı yaşamları boyunca güvence içinde olabilmelerini sağlayabilen bir barıştan söz etmekte, 19.yüzyılın işçi hareketlerinin isteklerine

onurunun hukuklarında belirgin şekilde olması, faşizme ve özellikle Nazizme tepkidir. Ancak bu yaygın görüş eleştirilmekte, gerçekte olanın daha farklı (ve hatta daha karışık) olduğu belirtilmekte; zira Avrupa kültüründe insan onurunun faşizme karşı basit bir reaksiyon olarak iyi bir şekilde anlaşılamayacağı ileri sürülmektedir.⁶¹ Nitekim Whitman, 1930’lu ve 1940’lı yıllardan sonra bu kavramın önem kazandığı ve hukuk metinlerine alındığı fikrini eleştirmekte, gerçekte insan onuru kavramının savaş sonrası dönemden çok öncesine-17. ve 18.yüzyıla- dayanmakta ve bu dönemde sadece yüksek statüye sahip insanların itibarı mahkemelerde korunmakta olduğunu ileri sürmektedir.⁶² Gerçekten yazara göre, faşizmin hâkim olduğu dönemde yöneticilerin ırkçı Almanlara herkesin eşit onura sahip olacağı sözünü vermesiyle bir paradoks olarak insan onuru faşizmin parlayan yıldızı olmuş ve çok sık dile getirilmeye başlanmıştır.⁶³ Kanaatimizce insan onuru teriminin kavramsal analizinde sorunlar yaşanması işte bu tarihsel gelişim sürecindeki karışıklıktan kaynaklanmaktadır. Nitekim insan onurunun tarihsel sürecine bakıldığında aslında şerefın ya da itibarın tarihsel süreci incelenmekte ve birbiriyle karıştırılmaktadır. Gerçekten terim olarak ele alınıp incelendiğinde ve kavramsal analiz yapıldığında, Eski Yunan’a kadar dayanan şeref ve itibarın korunmasının günümüzde insan onuru koruması olarak yerini aldığı görülecektir.

İnsan onurunun korunması, Anayasanın özgürlük sisteminin bütünü ile ilişkilidir.⁶⁴ Dolayısıyla, Anayasa hukukunda insan onuru kavramının tanınıp korunması sistemin özgürlük ve insan hakları anlayışını da yansıtmaktadır.⁶⁵ Bu bağlamda insan onuruna ne anlam verildiğinin üzerinde durulması gerekmektedir.

uygun olan bu formül, Yalta Açıklamasında (12 Şubat 1945) “*onurlu yaşam*” kavramı ile ifadesini bulmaktadır. Bkz. Şimşek, s.35.

⁶⁰ Dolayısıyla insan onuru, çağdaş insan hakları söyleminde nispeten yeni bir anayasal terimdir. Gerçekten, çok sayıda Batılı demokraside insan onuru, açık/görünebilen önemli bir hak olarak son yıllarda ortaya çıkmıştır. Bkz. Carmi, s.283.

⁶¹ Whitman, s.1165. Yazara göre, Avrupa’da onur kavramının ortaya çıkmasında faşizmin etkisi sanıldığı kadar aksine çok daha belirsizdir.

⁶² 20.yüzyıla gelindiğinde Almanya’da ve Fransa’da hala sadece yüksek statü sahibi kişilerin itibarının korunması bekleniyordu. Whitman, s.1165.

⁶³ Whitman, s.1165.

⁶⁴ Şimşek, s.13.

⁶⁵ Şimşek, s.13. Bu açıdan, özgürlükçü demokratik sistemde insan onurundan daha üstün ya da korunmada daha öncelikli bir değer yoktur. İnsan onuru, Anayasanın değerler piramidi içerisinde esas norm ve yapısal prensip olarak özgürlükçü hukuk düzeninin en yüksek amacını oluşturmaktadır. Zira, insan onuru ilkesi, Anayasa Hukuku tarafından korunan insanın bireysel ve toplumsal varlığının temel koşullarını sağlayan ve devletin bütün faaliyetleri açısından yükümlülük getiren sosyal bir değeri ve ona saygı gösterilmesi hakkını ifade etmektedir. Bkz. Şimşek, ss. 13-44.

Yukarıda belirttiğimiz üzere onur, uzun süredir belli bir sınıfa tabi olanlar için kullanılan ve eşitsizliği belirten bir kavram olarak(daha çok günümüzdeki şeref ya da itibar anlamında) kullanılmıştı.⁶⁶ Günümüzde ise, insan onuru kavramı, iki farklı boyutu ile ele alınmaktadır: (1)devletin bireyin vücut tamlığına, kişisel dünyasına saygı göstermesi⁶⁷ ve (2)sosyal-ekonomik ortamda piyasa koşullarının insafına terk edilmeyip bu alanda açtığı açmazlarda tek başına bırakılmamasıdır.⁶⁸ En genel ve basit tanımıyla insan onuru; kişinin kim olduğundan ve ne yaptığından bağımsız olarak, sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu değeri ifade etmektedir. Gerçekten, insan hakkındaki bilgimizin değerselleşmiş özü “*insan onuru*”dur.⁶⁹ Bu kavram, insan haklarının ve özgürlüklerinin kaynağını ve çıkış noktasını oluşturmaktadır.⁷⁰ Felsefî açıdan insan onuru, insanın doğası gereği sahip olduğu akli ve ahlaki yetileriyle, kendi yaşamını ve çevresini düzenleyebilme konusundaki potansiyel yetenekleri içinde gerekçelendirilmektedir.⁷¹ O halde, insana duyulan saygının özel bir ifadesi⁷² olan insan onuru kavramından anlaşılması gereken, insanın kişi olarak en yüksek akli ve ahlaki değerlerin, dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değerinin sahibi olmasıdır.⁷³ Gerçekten de insanın özerkliğinin, varlık nedeninin temelini oluşturan insan onuru, insanın kişiliğine, öz değerine ilişkin bir kavramdır.⁷⁴ Nitekim insan onuru, sadece insanın özgürlüğünü ve kural olarak eşitliğini değil aynı zamanda insanın bağımsız kişiliğini de ifade etmektedir.⁷⁵ ⁷⁶ Ayrıca bu kavram;

⁶⁶ Gonca Kuru, **Türkiye’de Demokratik Hukuk Devleti Düzeninde İnsan Onurunun Yeri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.26.

⁶⁷ İlk boyutuyla, insanın ruhen ve bedenlen korunması, zulme uğranmasının engellenmesi ve aşağılayıcı cezaların önüne geçilmesi amaçlanarak devlete insan onuruna saygı göstererek insanın onurunu zedeleyecek keyfi davranışlarda bulunmama görevi yüklenmektedir. Bkz. Kuru, s.35.

⁶⁸ İlyas Doğan, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, s.52. İnsan onurunun ikinci boyutunun sosyal devletin varlığını gerektirdiği hakkında Bkz. Kuru, s.35.

⁶⁹ Hayrettin Ökçesiz, “Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları”, **Türkiye Bilimler Akademisi**, Tübitak Matbaası, Ankara, 1999, (Hukuk Felsefesi), s.27.

⁷⁰ Şimşek, s.11.

⁷¹ Şimşek, s.6.

⁷² Doğan, s.53.

⁷³ Bulut, s.2.

⁷⁴ Bulut, s.2.

⁷⁵ Doğan, s.53.

⁷⁶ “Bu manada M.Ö. V. yy.da yunan tragediyalarında onur kavramı kullanılmaktaydı. Gerçekte konuya çok yönlü bakıldığında polis ve publicada da insan haklarına ilişkin kavramsallaştırma ipuçlarına rastlayabiliriz. Platon’un düşüncesinde her insanın kendi yolunu çizebilmesi, her insanın adaleti değerlendirebilmesi, adalet ve adaletsizlik değerlendirmesi yapabilmesi temel motifler arasında yer almaktaydı. Platon Politeia’da ne adaletin ne de diğer insani erdemlerin eşitlik ve özgürlük olmadan anlam ifade edebileceğini açıklamıştı. Nomoi de 7.mektupta özgür bireylerin

bütün insanların, kökenleri, diğer özellikleri (örneğin cinsiyet, yaş vs.), yani akla gelebilecek diğer tüm özelliklerinden bağımsız olarak aynı değere sahip olmasını gerektirir.⁷⁷ Ancak kavramı tüm bu tanımlama girişimleri, insan onurunun kapsamı ve sınırlarını çizmeye yeterli olmamaktadır. Her ne kadar; insan onurunun kötüye kullanılmasını(din, felsefe, dünya görüşü ya da ideoloji vb.) engellemek için, kavramın kesin sınırlarını çizmenin ya da içeriğini belirlemenin doğru olmadığı ileri sürülmüşse de⁷⁸, bu kavramın somutlaştırılmaması anlamına gelmemelidir. Nitekim, insan onurunun kesin ve sabit sınırlar içerisine sokulması, onun gelecekteki yeni zedelenme risklerine karşı korumasız kalması tehlikesi doğurmasına rağmen, insan onurunun içeriğinin belirlenmesi ve yorumlanması ise insan onurunun temelinde ve gerekçesinde yatan anlayışın ortaya koyulması ile mümkün olacaktır.⁷⁹ Ayrıca, kesin tanımının yapılması belli bir anlayışa bağlı kalma, belirli bir dünya görüşünü ile kavramın içinin doldurulması tehlikesi yanında, insan onurunun yeni ihlal olasılıklarına karşı korumasızlığı da beraberinde getirecektir.⁸⁰ ⁸¹ Ortak ve kesin tanımın yokluğuna rağmen, insan onuru, her insana somut, bireysel, fiziksel, ussal vs. yeteneklerden bağımsız olarak gelmekte ve insana kendi çevresini düzenleme ve şekillendirme yeteneği kazandırmaktadır.⁸² Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bu kavramı soyut olarak tanımlamak⁸³ yerine bir somut olaya dayalı yargılarla veya örnek davranışlarla belirlemektedir.⁸⁴

O halde, iyi bir tanımın oluşturulması yönündeki çabalar devam etmekle birlikte, özellikle de ceza hukuku açısından daha ayrıntılı bir tanımın yapılması ve

eşitliği fikrini ancak devlet var olduğu ve devletin müsaade ettiği ölçülerde gerçekleştirebileceği görüşünü ortaya koymaktaydı. Aristo Platon'un birikiminden yararlanarak bunların tümünü siyasal kuramına almıştı. Fakat henüz insan hakları kavramından açıkça söz etmemekteydi." Doğan, s.53 vd.

⁷⁷ Heper, s.17.

⁷⁸ Şimşek, s.50.

⁷⁹ Şimşek, s.55.

⁸⁰ Şimşek, s.62.

⁸¹ "Alman ceza hukuku doktrininde, insan onuru kavramı, Al.CK'nın 130/1. Paragrafında düzenlenen onur kavramı anlamlandırılmaya çalışılmıştır; ancak Alman kanun koyucu gerek bu düzenlemede gerek diğer düzenlemelerde insan onuru kavramından ne anlaşılması gerektiğini ve bunun ne zaman ihlal edilebileceğini ortaya koymadığı için, Alman hukuku açısından insan onuru kavramı en önemli ve fakat aynı zamanda tıpkı Alman mevzuatındaki "iyi adap ve ahlak" ve "sadakat ve inanç" kavramları gibi en belirsiz kavramdır." Ünver, İnsan Onuru, s.32.

⁸² Şimşek, s.84.

⁸³ Kavram soyut olarak düzenlendiğinde, anayasal ilke bile olsa bireysel talep hakkı sağlamaz ve hukuksal açıdan bağlayıcı olmaz. Ancak devletin eylem ve işlemlerinin meşruiyetini sağlayabileceği hakkında Bkz. Orhan Aldanmaz, "İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 2010, s.87.

⁸⁴ Ünver, İnsan Onuru, s.33.

keskin sınırların çizilmesi elzemdir.⁸⁵ Gerçekten, kavramın içerik ve sınırları belirginleştirilmelidir.⁸⁶ Zira, tüm tartışmalara rağmen insan onuru kavramından vazgeçilemez.⁸⁷ Gerçekten somut olayda insan onurunun ihlal edilip edilmediği hususunda hata yapılabilir, ancak yine de bu kavramın geliştirilip içeriğinin belirginleştirilmesi ve ilgili pozitif normların oluşturularak uygulanması suiistimalleri önleyerek insanı koruyan önemli bir mekanizma haline gelecektir.⁸⁸

Bu kavramın belirginleştirilmesi noktasında unutulmaması gereken, metodolojik olarak hukuk prensiplerinin somutlaştırılmasının, diğer Anayasa kurallarından özellikle de münferit temel hakların yorumundan oldukça farklılık gösterdiği noktasındadır.⁸⁹ Bu bakımdan, tanımlamanın doğru yapılabilmesi için kavramın *kendi özgü yapısını* saptanmalıdır.⁹⁰ Bu bağlamda, hukuki açıdan tam ve doğru bir tanım verebilmemiz için insan onuru kavramının uluslararası ve ulusal belgelerde düzenlenişlerinin incelenmesinde fayda görmekteyiz. Zira, insan onurunun anlamlandırılması tartışması, insanlar büyük insan hakları sözleşmelerinin önsözlerinde temel hakları ciddiye almaya başladıklarından beri artmıştır.⁹¹

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Başlangıç kısmında, “*insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve bunların eşit ve devredilmez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlüğün, adaletin ve barışın temeli olduğuna*” ifadesi yer almaktayken 1.maddede ise, “*Bütün insanlar özgür ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdan sahibidirler ve birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.*”⁹² Bu hükümlerle, bütün insanların onur ve haklar bakımından eşitliği; biri düşünsel(“*akıl*”) diğeri etik(“*vicdan*”) olan insan yapısına özgü iki özellikle temellendirilmeye çalışılmış ve bu iki özellikten insanların birbirlerine kardeşçe davranması gerekliliği türetilmiştir.⁹³ İnsan onuru kavramı, bazı uluslararası

⁸⁵ Ünver, İnsan Onuru, s.32. İnsan onurunun Anayasa Hukukunun belki de en soyut kavramlarından biri olduğu hakkında Bkz. Şimşek, s.50.

⁸⁶ Ünver, İnsan Onuru, s.50.

⁸⁷ Ünver, İnsan Onuru, s.50.

⁸⁸ Ünver, İnsan Onuru, s.50.

⁸⁹ Şimşek, s.52.

⁹⁰ Gören, Dokunulmaz İnsan Onuru, s.27.

⁹¹ Jeremy Waldron, **Is Dignity the Foundation of Human Rights?**, New York University School of Law, Public Law Research, 2003, s.9.

⁹² İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin Türkçe çevirisi için Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, 2.Cilt, İstanbul 2010, s.3 vd.

⁹³ İoanna Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramı ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2000, (İnsan Hakları), s.71. İnsanların birbirlerine kardeşlik anlayışıyla nasıl davranacaklarını) Bildirgenin 1.maddesini izleyen 28 maddesi (toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde, çeşitli düzeylerde hukuk

düzeydeki sözleşmelerde yer almasına rağmen tanımlanmamıştır. Buna karşılık, bazı uluslararası sözleşmelerde bu kavrama hiç yer verilmemiştir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin başlangıç bölümünde ve sözleşme hükümlerinde insan onuru kavramı yer almamıştır.⁹⁴ İnsan hakları hukukçusu Oscar Schachter, başvuru sözleşmelerin hiçbirinde “*insan onuru*”nun açık bir tanımı olmadığını gözlemlemiştir ve kavramın içsel/yapısal anlamının sezgisel anlamına terk edildiğini belirtmiştir.⁹⁵ İnsan onuru, uluslararası düzeyde korunduğu gibi ulusal düzeyde de korunmuştur.⁹⁶ Gerçekten insan onuru kavramı, dünya anayasalarında giderek artan bir ilgi ve kullanım alanı bulmuştur.⁹⁷ 1900-1947 yılları arasında sadece 4 devletin anayasasında bu kavrama yer verilirken, 1947-1997 yılları arasında bu sayı 40’a yükselmiştir. Kavramın anayasal kullanımındaki bu artış, insan onurunun, hak ve özgürlüklere temel oluşturmasıyla açıklanabilir.⁹⁸ Bu bakımdan, en çok dikkat çeken iki ülke olan, Almanya ve Güney Afrika, insan onurunu anayasal düzenin merkezinde konumlandırmıştır.⁹⁹ Almanya’da bu hiçbir şekilde ihlal edilemeyen şekilde düzenlenen bu hak, benzer şekilde, Güney Afrika’da da, güçlü bir hak ve anayasal bir değer olarak yer almaktadır.¹⁰⁰

İnsan onuru birtakım pozitif tanımlamalarla öz değer, insanın benliği gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılsa da, bu tanımlamalar insan onurunun zedelenmesi ya da ihlali söz konusu olduğunda çözüm için yeterli olmadığından insan onurunun somut uygulama alanı bulabilmesi için zedelenme ya da ihlal kalıbından hareketle

oluşturmada ve kamu işlerinin yönetiminde belirleyici olacak belirleyici bazı temel evrensel normlar koyarak açıklamaya çalışmaktadır: Kuçuradi, s.71 vd. Gerçekten, Bildirge’nin 22. maddesinde herkesin, onuru için ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için zorunlu olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi hususlarında hak sahibi olduğuna; 23. maddesinde ise çalışan herkesin, kendisi ve ailesi için insan olma onuruna uygun bir yaşama düzeyini temin eden adil ve elverişli ücret almaya hak sahibi olduğuna yer verilerek 1.maddede soyut bir şekilde ifade edilen insan onuru kavramının ancak 22. ve 23. maddelerde yer alan ekonomik haklar ile somutlaştırıldığının söylenebilir Bkz. Kuru, s.60.

⁹⁴ Sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3.maddesinde *kişinin “onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı”*nın belirtilmesiyle yetinilmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye ek, Ölüm Cezasının Her Durumda Kaldırılmasına İlişkin 13 Numaralı Protokolde; ölüm cezasının kaldırılmasının bu hakkın korunmasında ve tüm insanların sahip olduğu onurun tam olarak tanınmasında büyük önem taşıdığı belirtilmiştir.

⁹⁵ Waldron, s.6.

⁹⁶ Carmi, s.283.

⁹⁷ Berat Özipek, Levent Korkut, Murat Yılmaz, Vahap Coşkun, Şevki Hakyemez ve Yusuf Tekin, **İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa**, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara, 2011, s.12.

⁹⁸ Özipek ve diğerleri, s.12.

⁹⁹ Carmi, s.284.

¹⁰⁰ Carmi, s.284.

tanımlanması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁰¹ Negatif zedelenme kalıplarını genel olarak ortaya koymak mümkün olmamakla birlikte,¹⁰² her somut olaya göre ayrı ayrı belirlenmektedir.¹⁰³

İnsan onuru tanımı vermeksizin insan onuruna aykırı kamusal tasarrufu belirlemek amacıyla konulan bir takım formüller içerisinde en önemlisi, Dürig tarafından geliştirilen ve Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılan, insanı devlet içerisinde basit bir obje yapmanın insan onuruna aykırılığını vurgulayan obje(objektif) formülüdür.¹⁰⁴ Bu formüle göre, eğer somut bir insan savunulabilir yükseklikte değere sahip yalın bir araç olarak objeye yükseltirirse o zaman bir insan onuru söz konusu olabilir.¹⁰⁵ Bu bağlamda, insan onuru ihlalinin varlığından söz edebilmek için esas olarak tartışma konusu yapılması gereken insanın süje niteliği ya da keyfi bir riayetsizlik nedeninin bulunmasıdır.¹⁰⁶ Dürig'in formülü insan onurunu zamandan, mekandan bağımsız olarak ve deneyüstü bir şekilde tanımladığından, formülde insan onurunun somut insanın belirli özelliklerine bakılarak yalnızca belli

¹⁰¹ Şimşek, s.66.

¹⁰² Bavyere Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda insan onuru ihlalleri örnekseyici olarak sayılmıştır. Nitekim mahkemeye göre, “*iftira, terzil etmek, diskrimine etmek, alçaltmak, dağlamak, damgalamak, takip, zulmetmek, haklardan yoksun bırakmak ve vahşi cezalar*” her koşulda insan onuru ihlali anlamına gelmektedir. Bkz. Şimşek, s.67.

¹⁰³ Şimşek, s.66.

¹⁰⁴ Şimşek, s.69. Objeye formülünün felsefi kökenleri insanın araç ya da obje olarak alçaltılmasına karşı çıkan insanı amaç alan Kant’a kadar uzanmaktadır. İnsanın obje haline getirilemeyeceğini Alman Federal Anayasa Mahkemesi de kararlarında vurgulamaktadır: “*Nitekim, insan onurunun gözetilmesi ve korunması konusundaki çalışma, Federal Anayasa Mahkemesi’nin hava güvenliği yasasına ilişkin 15.2.2006 tarihli kararında açıklık kazanmıştır. Mahkeme, güvenlik güçlerinin hava güvenliği yasasının 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca elde ettikleri, insan yaşamına karşı kullanılabilecek bir hava taşıt aracını silah gücüyle doğrudan müdahale ederek vurma yetkisinin, hava taşıtının bordasında bulunan ve eyleme katılmayan insanların bundan mağdur olmaları durumunda, Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki insan onuru garantisıyla bağlantılı olarak Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. satırındaki yaşama hakkıyla bağdaşmadığı kararını vermiştir. Kaçırılmış bir uçakta yolcuların ve uçak şirketinin çalışanlarının bulunması durumunda –ki normal durum budur– Alman Silahlı Kuvvetleri’nin uçağı vurma, yukarıda anılan kurallara aykırıdır. Uçak, insanların yaşamına karşı bir saldırı silahına dönüştürülmüştür ve uçaktaki insanlar çaresiz bir durumdadırlar. Sadece eylemcilerin saldırı silahının değil, başkalarını kurtarmak için uçağı vurma durumunda devletin saldırı silahının da nesne olarak şeyleştirilmiş birer parçası haline gelirler; bu da insan onuruna aykırıdır.*” Bkz. Şimşek, s.71.

¹⁰⁵ Ünver, İnsan Onuru, s.33.

¹⁰⁶ Şimşek, s.69. “*F. Almanya Anayasa Mahkemesinin “İnsanın kendisi daima amaç olarak kalmalıdır”*

ilkesi (BVerfGE 45,187 (228)) tüm hukuk alanlarında geçerlidir. Çünkü dokunulmaz insan onuru, insanın kendinden sorumlu kişilik olarak tanıdığı anlamına gelmektedir. Tüm insanların özgür ve onur açısından esit olduklarını kabul etmemiz, aynı zamanda insan onurunun daha büyük menfaatler için feda edilemeyeceği anlamına gelmektedir.” Bkz. Gören, Dokunulmaz İnsan Onuru, s.28.

kişilere atfedilmesi mümkün değildir.¹⁰⁷ Bu formül, insan onurunun sınırları net bir şekilde çizilmesi halinde doğacak olan eksikliklerin bertaraf edilmesi ve insan onuruna yönelik yeni ihlaller karşısında savunmasız kalmasını engellemek amacıyla ortaya konulmuştur.¹⁰⁸ Bu bağlamda, devletin hangi tasarruflarının insan onurunu ihlal edeceğini belirlemek için soyut tanımlamalar yerine somut eylemlere başvurulmalıdır.¹⁰⁹ Dürig'in formülüne göre, insanların savunulamayacak ölçüde aşağılanması durumunda da insan onuru ihlal edilecektir.¹¹⁰

İnsan onurunu soyut tanımlamalar, insan onurunun içeriğinin belirlenmesinde yardımcı olsalar da, insan onurunun ihlali söz konusu olduğunda yeterli olmadığından negatif tanımlama yöntemleri ve özellikle obje formülü, insan onuru ihlalleri için somut ve kullanılabilir bir ölçüt olarak alınabilir.¹¹¹ Gerçekten de, neyin insan onuru ihlali olduğunu belirleyerek ihlal kalıbından yola çıkmak, insan onurunun kapsamını çizmekten daha mantıklı olabilir. Dolayısıyla insan onurunun koruma alanının yargı kararlarıyla belirginleştirilmesi ve insanın öz değerini, süje niteliğini ihlal eden yeni müdahalelere karşı belirli ölçütlerin kazandırılması gerekmektedir.¹¹²

Bu noktada, hakaret suçuyla insan onurunun ihlal edilip edilmediği hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir görüşe göre, insan onurunun bir üst kavram olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiş, somut olaya göre hakaretin alt tür veya görünüm şekli olduğu ileri sürülmüştür.¹¹³ Nitekim bu görüşe göre, insan onurunun çok önemli bir hukuksal değer olduğunda kuşku bulunmamakta, ancak sınırları belirli bir tanım yapabilmek güç olduğundan, onu korumak için tek suç tipi öngörülemez, dolayısıyla farklı bölüm ve kısımlarda insan onuru değişik suçlar aracılığıyla korunacaktır. Bu bağlamda, insan onurunun görünüş biçimi olarak; onur, şeref ve saygınlık hakaret suçunda korunan hukuki değer olacaktır. Gerçekten hakaret suçunda suçla korunan hukuki değer onur, şeref ve saygınlık olduğu düşünüldüğünde bu terimlerin insan onuru ile olan bağlantısı (insan onurunun bir

¹⁰⁷ Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, Oniki Levha Yayıncılık, Ankara, 2014, s.13.

¹⁰⁸ Gürbüz, s.14.

¹⁰⁹ Gürbüz, s.14.

¹¹⁰ Gürbüz, s.13.

¹¹¹ Şimşek, s.84.

¹¹² Şimşek, s.85.

¹¹³ Ünver, Hukuksal Değer, s.941.

görünümü olduğu) inkar edilemez. Ancak insan onuru ve bunun alt görünümleri olan terimlerin suçla korunan hukuki değer olup olmaması gerektiğine ilişkin değerlendirmemiz ve suçla korunan hukuki değer olması konusundaki çekincemiz hakaretin cezalandırılabilirliği bölümünde incelenecektir.

1.1.3.3. İnsan Onurunun Diğer Kavramlarla (Kişi Onuru, Şeref, Saygınlık, İtibar) İlişkisi

Onur, şeref, saygınlık gibi terimlerin ne kullanımlarında ne de anlam birliğinde uzlaşma vardır. İnsan onuru kavramı sözlüklerde, izzetinefis, şeref, haysiyet, özsaygı, saygınlık gibi manaları karşıladığı¹¹⁴ ve onurun ilk anlamının, insanın kendisine duyduğu saygıyı ifade ederken, ikinci anlamının, başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değeri yani şerefi belirttiği vurgulanmaktadır.¹¹⁵ ¹¹⁶ Dolayısıyla sözlüklerde onur ve şeref kavramı eş anlamlı olarak isabetsiz bir şekilde birbirinin yerine kullanılmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, “*insan onuru kavramını toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir.*” diyerek terimler arasındaki farklılığa işaret etmiştir.¹¹⁷ Ayrıca Adalet Komisyonunda da bu kelimelere ne anlam verilmesi gerektiği tartışılmıştır.¹¹⁸ Ancak öyle anlaşılıyor ki, bir uzlaşmaya varılmadan ve terimler

¹¹⁴Muhammed Fatih Kafadar; “**Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: “İnsan Onuru”**”, www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-IV-2.pdf, (20.01.2015), s.3.

¹¹⁵Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.554e694119abd4.20865756 (20.01.2015). Tartışmalı olan şeref kavramının sübjektif nitelikte olduğunu, kişinin yine kendisine göre kişiliğine verdiği değeri şeref olarak belirttikleri halde, diğer bir görüş şeref kavramını objektif nitelikte ve kişinin toplum içindeki saygınlığı olarak mütalaa etmektedir. Bkz. Abdurrahman Cebe, **Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s.3.

¹¹⁶ “İslam dünyasında bir çok insan hakları bildirgeleri bulunmaktadır, bunlarda “insan onuru” kavramı yer almaktadır, fakat onur kavramı, şeref kavramı ile aynı bağlamda kullanılmakta, bu bakımdan batılı anlamdan farklılık taşımaktadır.” Bkz. Weilert, s.330.

¹¹⁷ Any Mah., 28.6.1966, E: 1963/132, K: 1966/29, K.T.:., AMKD, Sayı: 7, s.187 Akt. Şimşek, s.61.

¹¹⁸ “BAŞKAN: Sayın Bakan; buyurun. ADALET BAKANİ CEMİL ÇİÇEK: Bu maddede, üç kelime arka arkaya sayılıyor, sonra gerekçesiyle de bir farklılık var. Bir kimseye onur,şeref ve saygınlık eşanlamda. Aşağıda da diyor ki “hakaret fiillerinin cezalandırılması ve...hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı diğer fertler nezdinde ki saygınlığıdır.” Burada kelimelerden bir tanesi fazla gibi.Yani onur ile şeref arasında ne farklılık var?/ MEHMET ZİYA YERGÖK:Kuvvetlendirme anlamında../ ADALET BAKANİ CEMİL ÇİÇEK: Kuvvetlendirme de...Bu, edebiyatta olur.Bu, neticede

netleştirilmeden tasarı yasalaşmıştır. Zira, komisyon tartışmaları sırasında bir görüş, bu terimlerin vurgulanmak için art arda konulduğunu ileri sürerken, diğer görüş bu terimlerin aynı anlama geldiğini belirtmiştir. Buna karşın üçüncü görüş, onur ile şeref arasında genellik özellik ilişkisinin bulunduğunu, her suçun onuru ihlal ettiğini, bu sebeple şeref terimine de yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Nitekim üçüncü görüş kabul edilerek kanunda onur, şeref, saygınlık ibareleri kullanılmıştır. Ancak bu görüşün tercihi ne komisyon görüşmeleri sırasında ne de kanun gerekçesinde somutlaştırılamamıştır. Kanun metninin bu halinde karşımıza birçok soru ve sorun

hukuki bir metindir. Kargaşaya sebebiyet vermez mi? Eski kanunda da, herhalde onur, zaten yok. Bir kimseye şeref ve ...buradaki saygınlığı da haysiyet anlamında mı kullanıyoruz?/ İZZET ÖZGENÇ:İtibar.../ ADALET BAKANİ CEMİL ÇİÇEK: Şeref ve itibar...Karışık bir ifade tarzı var burada./ BAŞKAN: Sayın Özgenç; buyurun./ İZZET ÖZGENÇ: Şimdi asıl sorun, onurla haysiyet; eşanlamlı olan onur ve haysiyettir. Asıl sorun haysiyet ve şeref arasındaki ilişkinin belirlenmesindedir. Aslında bütün suçlar, insan onuruna yönelik saldırıdır. Onun için, burada sadece onur ifadesinin kullanılması, sanki, diğer suçların onurla ilişkisini kesme gibi bir anlama gelebileceği düşüncesiyle, burada onur ifadesini kullanmanın yanı sıra şeref ifadesini kullanmayı tercih ettik. Bu arada, onur ile şerefi, ikisini birlikte kullanmaktaki asıl amacımız da, aslında, şeref ile onur arasında genel özellik ilişkisi söz konusudur. Sadece şeref değil; ama, aynı zamanda şerefle de onur korunmaktadır. Bunun için bu kavramları birlikte kullanmayı bilinçli olarak tercih ettik; takdir heyetinizindir. BAŞKAN: Sayın Güney, buyurun. NİYAZİ GÜNEY: Efendim, ben, bu madde üzerinde, dün, aşağı yukarı, üç saat çalıştım. Bu onur ve şeref kelimelerine, Meydan Lourasse'dan, diğer lügatlardan, tümünden baktım. Onur tarif edilirken hemen şeref diyor, şerefin tarifi de onur. Yani, bu iki kelime birisi Fransızca, birisi Arapça. Dolayısıyla, kanun yapım tekniğinde böyle tekrarlara yer vermemek icap eder. O itibarla, onur kelimesini çıkarılması taraftarıyız. Şeref kelimesi onurun ta kendisidir. BAŞKAN: Doğan bey, buyurun./ DOĞAN SOYASLAN: Niyazi Bey'in sözüne ilaveten, bir kere iki defa yazılmış, tekrar var. Onur, şeref, saygınlık iki tane. İkincisi, başka maddelerde de var göreceğiz; hafiften ağıra doğru gitmesi gerekir bunun. Önce, siz, sövmeyi almalı idiniz; ondan sonra hakarete gelmeliydiniz, vurgu olarak. Orada bir terslik var. Önce hakareten başlamışsınız. Somut bir fiil, burası hakaret. Ondan sonra aşağıda, onur, şeref, saygınlık, dolayısıyla sövmeyi, eski sövmeyi çağrıştırmışsınız. Bir kere, iki tekrar olmaz; yani, bir değişiklik ihtiyacı var. Şöhret terimini niye kullanmadınız? Bu haysiyette de, onur da başkaları nezdindeki itibarınızla.../ BAŞKAN: Hocam böyle karşılıklı soru-cevap yok. Siz eleştirilerinizi söyleyin; yani, arkadaşlara niye soru soruyorsunuz, alt komisyon yaptı bunu. Şimdi şeref ve saygınlığını dersek düzeliyor mu madde? Yüksel Bey; buyurun./ YÜKSEL ÇORBACIOĞLU: Sayın başkanım, Sayın Bakanım; onur ile şeref, bence, aynı anlamı ifade etmiyor. Onur, genel bir kural; yani, insani değerlerin bütünü, insan olmanın gereği olan tüm olumlu kriterleri onur olarak, insanlık onuru olarak, insanlık şerefi olarak demiyoruz. Şeref, özel, daha subjektif, daha kişiye özel, öznel olan değerler. O nedenle, her ikisine yönelik de olabilir; o ayrımı bence yasada bir arada kullanarak koymamız lazım. Yani, onur ve şerefin aynı şeyi ifade ettiğini, ben şahsen kabul etmiyorum./ BAŞKAN: Sayın Sözüer; buyurun./ ADEM SÖZÜER: Arada, ben de katılıyorum. Haysiyet, şeref, itibar. Burada, onların yerine öztürkçeleştirilmişlerini kullandık. Onur, şeref ve saygınlık, bunlar birbirlerinden farklılık gösteren terimler. İnsan onuru, haysiyeti dediğimiz zaman, daha genel bir ifade; şerefse bireyde somutlaşmış şeklini ifade ediyor./ BAŞKAN: Sayın Bakanım, kalsın böyle./ FERİDUN FİKRET BALOĞLU: Yani, biz, kanun yaparken, dilimize zarar vermeyelim. Yakında ilgi alakayı da kanuna koyarız bu gidişle, ilgi alaka da olur. Onur ve şeref farklı alanlara kapsar gibi gözükse de... Türk Dil Kurumunun görüşü de bu doğrultuda. O zaman ilgi alaka da koyalım, tam olsun./ BAŞKAN: Sayın Yergök; buyurun./ MEHMEZ ZİYA YERGÖK: Başkanım, bence onur, şeref ve saygınlık olarak birbirini takviye eden, güçlendiren, kalmasında bence yarar var; ansiklobediye pek uymasa da kalsın. Şimdi burada alt sınırın üç ay olmasını ben az buluyorum. Ağır bir suç bu...." Bkz. Niyazi Güney, Kenan Özdemir ve Yusuf Solmaz Balo, **Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayıncılık, Ankara, 2005, ss. 390-392.

çıkmaktadır. Nitekim, şayet söylendiği gibi tüm suçlarda insan onuru ihlal ediliyorsa niye ayrıca onur kavramına kanun metninde yer verilmiştir? Eğer bu terimler farklı anlamlara işaret ediyorsa neden bu anlamlar tartışılmadan kanun metnine yazılmıştır? Ayrıca burada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, bu terimlerin “ve” bağlacıyla bağlanmış olmasıdır. Gerçekten bir fiil aynı anda onur, şeref ve saygınlığı ihlal edebilir mi? Şayet edebilirse bu terimler aynı anlama geldiği için üçünün bir arada kullanılması anlamsız olmayacak mıdır? Buna karşın, eğer bu terimler farklı anlamlara işaret ediyorsa bir fiille onur, şeref ve saygınlığın ihlali her olayda mümkün olabilecek midir?

Bu sorulara yanıt verebilmemiz için öncelikle terimlerin anlamlarını belirtmemiz gerekmektedir. Onur terimi ikiye ayrılmaktadır: insan onuru (*human dignity, menschen würde*) ve kişi onuru (*personel dignity, person würde*). Bu iki terim birbirinden farklı anlamlara işaret etmektedir. Dolayısıyla doktrinde sıklıkla karıştırılan ve çoğu zaman aynı anlamda kullanılan bu ibarelerin arasındaki ilişkiyi açıklamalıyız: İnsan onuru, kişi onurunu kapsamakta ve böylece kişi onuru insan onurunun somutlaşmış bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır. Unutmamak gerekir ki, insan onuru, insan değeri kavramı aracılığıyla ortaya konulduğundan, farklı kültürlerde farklı onur anlayışları tezi yanlıştır; zira farklı olan, namus/ şeref anlayışlarıdır.¹¹⁹ Gerçekten *eğer, insan onurunun içeriği kültürden kültüre fark gösteriyorsa, bütün insanlar onur bakımından nasıl eşit olabilir ve eşitler olarak muamele görebilir?*¹²⁰

Kişi onurunun somutlaşmış bir görünümü olan ele alınan şeref¹²¹ ise, kişiye özgü birtakım değerleri içermektedir. Doktrinde de, şerefın insanlar tarafından bireye verildiği ve ancak insanlar tarafından alınabileceği, dolayısıyla şerefın temel hakların özünü oluşturan onurdan farklı olduğu ileri sürülmüştür.¹²² Gerçekten şeref ile kişi onuru eşit kabul edilirse, kavramlar özel anlamlarını yitirir.¹²³ Şeref sadece kişi onurunun görünüş şekli, kişiliğin ayırıcı bir özelliği, onun manevi etki alanının bir parçasıdır.¹²⁴ Durum, meslek, bir gruba aidiyet ve grup içindeki statü, cinsiyet, yaş,

¹¹⁹ Kuçuradi, İnsan Hakları, s.75.

¹²⁰ Kuçuradi, İnsan Hakları, s.75.

¹²¹ Hilgendorf, s.1236.

¹²² Ünver, İnsan Onuru, s.31.

¹²³ Hilgendorf, s.1236.

¹²⁴ Hilgendorf, s.1236.

dini inanç ve ticari ilişki, bedensel ve ruhsal ayrıcalıklar, özel yetenekler ve başarılar şeref için geniş ölçüde adiaphora¹²⁵ olur.¹²⁶ Şeref, insanın psişik yönünü ilgilendiren ve bir kişinin değerine duyulan ya da farz edilen değerine gösterilen saygıyı ifade eder.¹²⁷ O halde, onur, insanın yapısına ilişkin antropolojik bilgiden oluşurken; şeref, bir kişinin değerine ya da farz edilen değerine gösterilen saygıyı ifade etmektedir.¹²⁸ Dolayısıyla şeref kavramı özünde insan onuru tarafından korunmakla birlikte şerefe yönelik her hakaret ya da tecavüzün insan onuru ihlali olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.¹²⁹ Gerçekten şeref, insanın kişisel ve toplumsal saygınlığını ifade ederken, onur, insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu öz değeri ifade etmektedir.¹³⁰ Şeref kavramı sadece esaslı anlamı bakımından değil aynı zamanda kişiliğe ilişkin sözlü kullanımı bakımından da tartışmalıdır.¹³¹

Şeref ise doktrinde objektif ve sübjektif şeref olarak ikiye ayrılmaktadır. Fiili(sübjektif veya iç) şeref, kişinin şerefli/ saygın biri olduğuna ilişkin kendisine beslediği iyi duyguyu/değer yargısını ifade ederken; normatif(objektif veya dış) şeref,¹³² onura dayanan bir insana haklı olarak tanınan değeri- yani, diğer kişilerin bir kişi hakkındaki itibar ve saygınlığı hakkındaki değeri- ve buna saygı gösterilmesine yönelik taleptir.¹³³ Doktrinde hâkim olan düalist(fiili-normatif) görüşe göre,¹³⁴ şeref

¹²⁵ Çev.notu: **Adiaphora**, ahlaki yönden değerli olup olmadığına karar verilemeyen ya da ahlaki yönü üzerinde durulmayan şeyleri ifade eden Yunanca kavram. İlk olarak, ahlakın merkezine erdemi yerleştiren Stoacı felsefede yer bulan bu terim, Stoacılar'a göre "erdemli olmak" dışında insana ait tüm diğer nitelikler için geçerlidir.

¹²⁶ Hilgendorf, s.1236.

¹²⁷ Kuçuradi, İnsan Hakları, s.73. "Bu değer bir kişinin etik özelliklerinden -Aristoteles'in Nikomakhos'a Etik'inde betimlendiği gibi, kişinin erdemlerinden- oluşabilir, yani gösterilen saygının nesnel bir karşılığı olabilir ve bir kişinin erdemlerinin bilgisine dayanabilir. Ama aynı zamanda bu değer, bir kişinin davranışlarının bir kültürde geçerli olan değer yargılarına, yani belirli bir toplulukta "iyi" sayılan davranış biçimlerine ve tutumlarına uygunluğunda -istenilen insan imgesine uygunluğunda- bulunduğu farz edilebilir." Kuçuradi, s.73.

¹²⁸ Kuçuradi, İnsan Hakları ss. 73-74.

¹²⁹ Şimşek, s.60.

¹³⁰ Şeref, insan onurunun bir gereği olarak ceza hukuk ve özel hukuk normları ile korunmaktadır. Şeref ya da saygınlık, insan onurunu tam olarak ifade etmemekte; şeref insanın kişisel ve toplumsal saygınlığını ifade ederken, onur insanın insan olması dolayısıyla taşıdığı öz değeri, insanın kendine özgünlüğünü koruyan bir kavramdır. Bkz. Şimşek, s.60.

¹³¹ Hilgendorf, s.1236.

¹³² Gülerdam Öçkoymaz Altun, **Hakaret Suçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.7. Dolayısıyla ailevi, mesleki, siyasi, cinsi şeref kavramları objektif şerefin içinde yer aldığı hakkında Bkz. Altun, s.7. Örneğin bir tüccarın tüccar, babanın baba, eşin eş olmak ile topluluk yaşamı içinde sahip olunan değer dış şerefi ifade ettiği hakkında Bkz. Baha Arıkan, "Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyyet", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 1954, s.3.

¹³³ Arıkan, s.3; Centel ve diğerleri, s.221; Tezcan ve diğerleri, s.500; Özbek, s.257; Yenidünya ve Alşahin, s.45. Onur ve şeref kavramlarının iç şerefi, saygınlığın ise dış şerefi ifade ettiği hakkında

karma bir hukuksal yarardır¹³⁵ ve gerek bir insanın kendisine karşı beslediği içsel değere gerekse başkalarının gözündeki değerini ihtiva etmektedir.¹³⁶ Nitekim TCK'da iç şeref ve dış şeref yansımasının cezai himayenin konusu yaptığı belirtilmiştir.¹³⁷ Ayrıca, Yargıtay da şerefin karma bir hukuksal yarar olduğuna ilişkin düalist görüşü benimsemektedir.¹³⁸ Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, aslında suçla korunan hukuki değer, kişinin toplumdaki itibarı, kişinin fertler nezdindeki onur, şeref, saygınlığıdır.¹³⁹ Gerçekten, suçun maddi unsuru incelenirken, fiilin, nesnel olarak, incitici, kalp kırıcı nitelikte olması aranmaktadır.¹⁴⁰ Dolayısıyla, gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, mağdurun bu duyguyu yaşayıp yaşamaması önemli değildir.¹⁴¹ Bu durumda, insanın kendisine beslediği duygu olan fiili şeref koruma altında değildir. Zira, fiili şerefin korunmuş olması için gerçekten mağdurun bu duyguyu yaşayıp yaşamadığının tespiti gerekmektedir. Ancak kişinin kendisine beslediği duygu ne doktrinde ne uygulamada dikkate alınmamaktadır. Bu bakımdan ceza hukukuyla korunan hukuki değer fiili şeref değil, normatif şereftir.

Bu bağlamda incelenmesi gereken bir diğer kavram itibardır.¹⁴² Türkçe sözlükte itibar kelime anlamı olarak saygınlığı karşılamaktadır.¹⁴³ İtibar veya

Bkz. Özbek ve diğerleri, *Özel Hükümler*, s.483. Hafizoğulları ve Özen'e göre, başkasının, bir kişinin sahip olduğu moral, entelektüel ve fizik nitelikleri dış şerefi ifade ederken; bir kimsenin kendi nitelikleri ve özellikleri hakkında yaptığı değerlendirme iç şerefi ifade etmektedir. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, s.222.

¹³⁴ “Buna göre, şeref kavramı, ne tamamen sübjektif, ne de tamamen objektif açıdan ele alınmalı, bunların ikisi birleştirilerek sosyal ve ahlaki değerlerin birleşkesi olduğu kabul edilmelidir.” Centel ve diğerleri, s.221.

¹³⁵ Özbek, s.257.

¹³⁶ Mine Arısoy, “Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:72, Ankara, 2007, s.155; Artuk ve diğerleri, s.395; Centel ve diğerleri, s.221 Tezcan ve diğerleri, s.500.

¹³⁷ Erman, s.2; Hafizoğulları ve Özen, s.222.

¹³⁸ “Hakaret ve sövme suçlarında korunan hukuki yarar, kişilerin onur ve sosyal saygınlıklarıdır. Hukuk düzeni her insanın ve ayrıca gösterdiği diğer varlıkların saygın ve onur sahibi olduklarını kabul eder. Kişinin manevi tamliğini ifade eden onur kavramı sübjektif anlamda, ferdin kendi onuru hakkına beslediği düşünceyi (şeref ve haysiyet), objektif anlamda ise diğer insanların o kişi hakkındaki düşüncelerini (şöhret) içerir. Ferdin sosyal değerini belirleyen koşulların bütününe oluşturan şeref ve şöhret kavramları, iç hukukta olduğu gibi uluslararası sözleşmelerle de korunmuştur.” CGK 4. 3. 2003 tarih ve 4-37/25 sayılı kararı için Bkz. Arısoy, s.155.

¹³⁹ Madde gerekçesi ve Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.43.

¹⁴⁰ Bkz. “Hakaretin İki Yönü” bölümündeki açıklamalarımız.

¹⁴¹ Bkz. “Hakaretin İki Yönü” bölümündeki açıklamalarımız.

¹⁴² Bunun dışında, onur kavramı gurur kavramından da farklıdır: “Kişi açısından bakıldığında onur, kişilerin insan olarak sahip oldukları değerlerin öznel karşılığı-yani kişinin bu değere ilişkin bilgisi ve ona ancak kişinin kendisinin zarar verebileceği bilinciyle, gurur, kişinin kendisiyle ilişkisinde duyduğu bir duygudur ve ona doğrudan ve dolaylı olarak kendi imgesine uygun davranıldığı zaman yaşadığı bir duygu. Bundan dolayı, yukarıda sözünü edilen bilince sahip bir kişiye onu aşağılamak

saygınlık, kişinin toplum içinde tanınan değeri göstermesi bakımından kanaatimizce “*normatif şeref*” kavramıyla benzer anlama sahiptir. Gerçekten normatif şeref de, diğer kişilerin bir kişi hakkındaki itibar ve saygınlığı hakkındaki değeri- olarak tanımlanmaktadır.

1.1.4. Benzer Suçlardan Ayrımı

Her ne kadar TCK’nın 216.maddede düzenlenen “*halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılıklarına dayanarak alenen aşağılamak*”, 299.maddede düzenlenen “*Cumhurbaşkanına Hakaret*”, 300.maddede düzenlenen “*Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama*” 301.maddelerde düzenlenen “*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılamak*” suçları TCK’nın 125.maddesinde düzenlenen hakaret suçuyla benzerlik gösterse de, gerçekte korunan hukuki değer ve maddi unsurlar yönünden hakaret suçu diğer suçlardan farklılaşmaktadır.¹⁴⁴

1.1.4.1. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama

TCK’nın topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısmın kamu barışına karşı suçlar başlıklı beşinci bölümünde yer alan ve özel tahkir suçu olarak TCK’nın 216.maddesinde düzenlenen suç, sosyal sınıf, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılıklarına dayanarak, bir kesimi oluşturan belirsiz sayıdaki kişileri alenen aşağılamadır. Dolayısıyla burada korunan hukuki değer, hakaret suçlarında olduğu gibi; onur, şeref ya da saygınlık değil, kamu barışıdır.¹⁴⁵ Nitekim halkın bir kesiminin

niyetiyle muamele edildiği zaman, o kişi kendini aşağılanmış duymayabilir; buna karşılık, bu bilince sahip olmayan bir kişi, hak ettiği, ancak kendi imgesine aykırı bir muamele gördüğü zaman gururunu kırılmış duyabilir” Kuçuradi, İnsan Hakları, ss. 74-75. Ayrıca onur kavramı saygı kavramından da ayrılmalıdır. Nitekim onur kavramı ve saygı kavramı arasında sıkı bir ilişki olmasına rağmen, birinin varlığı her zaman diğerinin varlığını gerektirmediğinden bu kavramlar birbirinden ayrılmalıdır. Ünver, İnsan Onuru, s.31.

¹⁴³ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55c733ee4dbff8.55931177, (23.01.2015).

¹⁴⁴ Sinan Bayındır ve Özge Apış, “Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 91, 2010, s.69.

¹⁴⁵ Centel ve diğerleri, s.218.

belirli nitelikler esas alınarak aşağılanması toplumda barışın bozulmasına sebep olduğundan yaptırım altına alındığı ileri sürülmüştür.¹⁴⁶

TCK'nın 216.maddesinde yer alan halkın bir kesimi ifadesi; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet ya da bölge farklılığı gibi unsurlardan bir veya birkaçında uzlaşan, belli ortak değerler temelinde kendisini bütünün bir parçası olarak görmeyen insan topluluğunu ifade etmektedir.¹⁴⁷ Dolayısıyla, halkın bir kısmının insanlık onurunu zedeleyici, aşağılayıcı tüm söz ve hareketler, belirli bir maddeyi içerse veya içermese de halk kesimlerini tahkir suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır.¹⁴⁸

Genel hakaret suçlarıyla halkın bir kısmını aşağılama arasında genel olarak üç tane fark bulunmaktadır. Bunlardan ilki, genel hakaret suçlarında ferden belirli kişinin şeref ve haysiyetinin hedef alınması olmaktadır.¹⁴⁹ Gerçekten genel hakaret suçlarında, mağdurun birey olarak belirlenebilir olmasının gerekmesine karşılık, halkı aşağılama suçunda mağdur halkı oluşturan belirsiz sayıdaki kişiler olmaktadır.¹⁵⁰ Ancak, mağdurun tayin ve teşhis edilmiş sayılabilmesi için ad ve soyadının açıklanması suretiyle kimliğinin belli edilmesi şart değildir; mağdurun kim olduğunun kullanılan kelimelerden de anlaşılması durumunda mağdurun belirli olduğu kabul edilmelidir.¹⁵¹ Gerçekten, teşkilatlanmamış ya da tüzel kişiliğe sahip olmayan ancak üyeleri belli olan küçük topluluklara yönelik hakaret ve sövme eylemleri genel hakaret ve sövme suçları içinde değerlendirilebilirken, topluluk büyüdükçe ferden belirlilik de ortadan kalkacağı için topluluğu meydana getiren ve ferden belirli olmayan bireylerin ortak özelliklerinden dolayı tahkir edilmesi söz konusu olduğunda halkın bir kısmını aşağılama suçunun oluştuğunu söylemek gerekmektedir.¹⁵²

¹⁴⁶ Centel ve diğerleri, s.218.

¹⁴⁷ Centel ve diğerleri, s.218.

¹⁴⁸ Hamide Zafer, "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 1-2, 2004, s.213.

¹⁴⁹ Zafer, s.211.

¹⁵⁰ Centel ve diğerleri, s.218; Tezcan ve diğerleri, s.500.

¹⁵¹ Zafer, s.211.

¹⁵² Zafer, s.212.

İkinci fark; halkı aşağılama suçunda aleniyet suçun unsuruyken, genel hakaret suçlarında aleniyet suçun unsuru olması gerekmeyip suçun nitelikli haldir(TCK m.125/4).¹⁵³

Üçüncü fark ise; hakaret suçu, onur, şeref, saygınlığı rencide edebilecek nitelikte fiil ya da olgu isnat etme ya da sövme suretiyle işlenebilirken, halkı aşağılama suçu, aşağılama/ tahkir etme suretiyle işlenebilmektedir.¹⁵⁴

1.1.4.2. Türk Milletini-Cumhuriyeti-Devletin Kurum ve Kuruluşlarını Aşağılama

TCK'nın millete ve devlete karşı suçlar başlıklı dördüncü kısmının devlet2in egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar başlıklı üçüncü bölümünde yer alan TCK m.301'de Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu düzenlenmiştir. Aşağılamak, tahkir, tezyif ya da hakarete göre daha hafif saldırı oluşturmaktadır.¹⁵⁵

Hakaret suçu ile Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını aşağılama korunan hukuki değer bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Nitekim TCK'nın 301.maddesinde korunan hukuki değerler; Türklük, Cumhuriyet, kurumlar ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, devletin yargı organları, askeri kuvvetleri ve emniyet teşkilatından ibarettir.¹⁵⁶ TCK'nın 301.maddesinde suçla korunan hukuki değer, -Türklük kavramı dışında-devlet organlarının işlevselliği değil saygınlığıdır.¹⁵⁷ Türk milleti kavramı ayrıksı

¹⁵³ Centel ve diğerleri, s.218

¹⁵⁴ Centel ve diğerleri, s.218

¹⁵⁵ Mehmet Emin Artuk, "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:70, 2007, s.231; Artuk ve diğerleri, *Özel Hükümler*, s.1122. Kanunun ruhu bakımından bu iki kavram arasında anlamsal bir farklılık olmadığı, bu noktadaki yegane farklılığın, genel/özel tahkir suçları ayırımına paralel olarak tanımlanmış olmasından kaynaklandığına ilişkin Bkz. Hasan Sınar, "Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:27, (Cumhurbaşkanına Hakaret), 2015, s.57.

¹⁵⁶ Artuk, s.225; Tezcan ve diğerleri; s.501.

¹⁵⁷ Can, Kutsallar, s.325. Suçla korunan hukuki değer, maddede bizatihi sayılan varlıklardan ziyade, bu varlıklara karşı vatandaşlar tarafından duyulan, duyulması gereken ortak saygı duygusu olduğu konusunda Bkz. **TCK 301: Türkiye Barolar Birliği Yayınları**, Ek Kitaplar Dizisi:1, s.82.

tutulursa, bu maddeyle devlet organlarının işlevselliği değil de saygınlığı korunmaktadır.¹⁵⁸

Hakaret suçu, belirli bir kimseyi veya belirli birkaç kişiyi hedef alan, o kişinin veya o kişilerin şahsiyet haklarını rencide etmeye yönelik olduğu halde, TCK'nın 301.maddesinde düzenlenen suçta, hedef alınan ve mağdur sıfatını taşıması gereken belirli bir kişi veya kişilerden bahsedilmemektedir.¹⁵⁹ Dolayısıyla “belirli” bir kişiye Türk olması nedeniyle hakaret edilmesi durumunda, “Türklük” belirli bir kişiye veya kişilere ait hukuki yarar olarak düzenlenmediğinden TCK'nın 301.maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹⁶⁰ Gerçekten, TCK'nın 301.maddesinin mağduru kişi ya da kişiler olmadığından, kişilere ya da topluluklarına karşı işlenen suçlarda bu madde uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁶¹

Bu suçun oluşması aşağılamanın aleni olmasına bağlıyken, genel hakaret suçunda aleniyet suçun unsuru değil, ağırlaştırıcı nedenidir.¹⁶²

1.1.4.3. Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama

TCK'nın millete ve devlete karşı suçlar başlıklı dördüncü kısmın devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar başlıklı üçüncü bölümünde yer alan TCK'nın 300.maddesinde devletin egemenlik alametlerini aşağılama suçu düzenlenmiştir. Buna göre, “*Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasada belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında uygulanır. İstiklal Marşını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu maddede tanımlanan suçların yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.*” şeklinde bir düzenleme yapılarak devletin

¹⁵⁸ Önder Tozman ve Mehmet Nihat Kanbur, “Türk Ceza Kanunu Madde 301 ve İfade Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:8, Sayı:22, 2013, s.39.

¹⁵⁹ Ersan Şen, “Türk Ceza Kanunu Madde 301”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, Sayı:3, 2007, s.8.

¹⁶⁰ Şen, s.8.

¹⁶¹ Osman Can, “Kutsallar ve Düşünce Özgürlüğü- TCK 301. Madde”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:5, (Kutsallar), 2007, s.323.

¹⁶² Centel ve diğerleri, s.219.

egemenlik alameti olan İstiklal Marşı'nın ve Türk Bayrağının aşağılanması fiili suç olarak düzenlenmiştir.

Gerek Kıta Avrupası hukuk sisteminde gerekse Türk hukukunda, devletin egemenlik sembolü olan bayrağa ve ulusal marşa özel bir manevi değer yüklenmiş ve bunun bir sonucu olarak bu özel manevi değerlerin tahkir edilmesi cezalandırılmıştır. Bu suçla, Türk Bayrağının ve İstiklal Marşının manevi değerlerinin korunması amaçlanmıştır.¹⁶³

Bu suçun oluşabilmesi için aleniyet şartken, genel hakaret suçun aleniyet suçun unsuru değil ağırlaştırıcı nedenidir.¹⁶⁴

1.1.4.4. Cumhurbaşkanı Hakaret

Cumhurbaşkanına karşı işlenen fiillerin yaptırım altına alınmasının nedeni, esasen cumhurbaşkanının devlet başkanı sıfatıyla değer ve fonksiyonların ihlal edilmiş olmasıdır.¹⁶⁵

Mağdurun sıfatı göz önüne alınarak, TCK'nın millete ve devlete karşı suçlar başlıklı dördüncü kısmının devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar başlıklı üçüncü bölümünde cumhurbaşkanına hakaret suçu düzenlenmiştir. Bu suçla korunan hukuki yarar, devletin başı olan cumhurbaşkanının saygınlığı¹⁶⁶ ve devletin ulusal değeridir.¹⁶⁷ Dolayısıyla, TCK'nın 125.maddesinde düzenlenen hakaret suçundan farklı olarak cumhurbaşkanına hakaret suçunda, bireysel niteliği ağır basan değil, aksine toplumsal yanı ağır basan bir hukuksal yararın korunmasını amaçlanmaktadır.¹⁶⁸

Genel hakaret suçunda olduğu gibi bu suçun alenen işlenmesi cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğurmaktadır. Ancak genel hakaret suçundan farklı olarak bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması TCK'nın 299/3 gereği Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

¹⁶³ Sınar, Cumhurbaşkanı Hakaret, s.54.

¹⁶⁴ Centel ve diğerleri, s.220.

¹⁶⁵ Sınar, Cumhurbaşkanı Hakaret, s.34.

¹⁶⁶ Centel ve diğerleri, s.221.

¹⁶⁷ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s.812.

¹⁶⁸ Sınar, Cumhurbaşkanı Hakaret, s.64.

Genel hakaret suçu ile cumhurbaşkanına hakaret suçu arasında, kural olarak suçun maddi unsuru yönünden öz itibarıyla bir farklılık bulunmamaktadır.¹⁶⁹ Her iki suç arasında maddi unsur yönünden farklılık, öncelikle mağdurun sıfatından, sonrasında ise TCK m. 299'da, TCK m.125'in aksine gıyapta hakaret halinde "ihtilat" unsurunun aranmamasından dolayı ortaya çıkmaktadır.¹⁷⁰ TCK m.299 ile korunan cumhurbaşkanlığı makamının fonksiyonlarından ziyade cumhurbaşkanının kişiliği olduğundan cumhurbaşkanına işlenen tahkir fiillerinin onun göreviyle ilgili olması zorunlu değildir.¹⁷¹

Hakaret suçu ile cumhurbaşkanına hakaret suçu arasındaki bir diğer fark, cumhurbaşkanına hakaret suçunda, hakaret suçunda olduğu gibi *"fiilin en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi"* şeklinde bir koşula yer verilmemiştir. Dolayısıyla hakaretin tek bir kişiye aktarılması halinde dahi bu suç oluşacaktır. Ancak, bu durum isabetli değildir. Zira, TCK'nın 125.maddesinin gerekçesinde *"Gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, fiilin mağdurun gıyabında ve fakat dağınık olmalarının suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur. Bir veya iki kişiyle ihtilat ederek de mağdura hakaret edilebilir. Bu gibi durumlarda da esasında bir haksızlık gerçekleşmemektedir. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, mağdurun gıyabında en az üç kişiyle ihtilat edilerek, yani en az üç kişi muhatap alınarak hakaretin yapılması şart olarak alınmıştır."* denilmiştir. Ancak cumhurbaşkanına hakaret suçu yönünden bu koşulun neden aranmadığı konusunda madde gerekçesinde bilgi yoktur. Doktrinde, bu konuda izlenen suç siyaseti gereği, cumhurbaşkanına hakaret suçunda korunan hukuksal yararın genel hakaret suçundan farklı olarak kamusal niteliği ağır bastığı göz önünde bulundurularak böyle bir tercih yapıldığı ileri sürülmüştür.¹⁷²

¹⁶⁹ "Aslında bu düzenleme rejiminden yola çıkılarak denilebilir ki, kanun koyucu, hakaret fiilinin cumhurbaşkanına karşı işlenmesini ayrı bir suç tipi şeklinde özel olarak düzenlemek suretiyle, esas itibarıyla bireylerin onur, şeref ve saygınlıklarının rencide edilmesi ile cumhurbaşkanının onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmesi arasında bir fark yaratmamış; ancak genel hükmün cumhurbaşkanına karşı işlenmesini özel bir norm şeklinde cezalandırmıştır." Sınar, Cumhurbaşkanına Hakaret, s.40.

¹⁷⁰ Özek, s.182, Sınar, Cumhurbaşkanına Hakaret, s.40.

¹⁷¹ Sınar, Cumhurbaşkanına Hakaret, s.41.

¹⁷² Sınar, Cumhurbaşkanına Hakaret, s.42.

1.1.5. Hakaretin İki Yönü

TCK'nın 125.maddesinde, “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran” denilmek suretiyle suçun oluşması için öngörülen seçimlik hareketlerin¹⁷³ somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi ya da sövme olduğu öngörülmüştür.¹⁷⁴ Ayrıca TCK'nın 125.maddesi gereği bu eylemin rencide edici nitelikte olması aranmaktadır. Hakaretin iki yönü olarak suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketleri ile eylemin rencide nitelikte olmasının incelenmesinin sebebi, suç oluşturan beyanla eleştiri arasındaki ince sınırın tespitini yapmaktır. Nitekim hakaret oluşturan somut bir fiil ya da olgu isnadı ya da sövme, ifade özgürlüğü için bir sınırlama teşkil etmektedir.¹⁷⁵

1.1.5.1. Somut Bir Fiil Ya Da Olgu Isnat Etmek

Hakaret suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hakaretlerden birisi “somut bir fiil ya da olgu isnat etmek”tir.¹⁷⁶ Dolayısıyla, isnadın bir fiile ya da

¹⁷³ Bayındır/ Apış, s.76; Yenidünya ve Alşahin, s.43. Yargıtay da “Somut bir fiil yada olgu isnat etmek veya sövmek şeklindeki seçimlik hareketlerden biriyle gerçekleştirilen eylem, bireyin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte ise hakaret suçu oluşacaktır.” diyerek hakaretin seçimlik hakaretli bir suç olduğunu belirtmiştir. Bkz.Y.4.CD.,27.01.2014, E. 2012/24272 K. 2014/2145. Buna karşılık hakaret suçunun serbest hareketli suç olduğu yönünde Bkz. D.Aydın, 887.

¹⁷⁴ 765 sayılı TCK'da suçun maddi unsuru, “maddei mahsusa tayin ve isnadı suretiyle halkın hakaret ve husumetine maruz kılmak” veya mağdura maddei mahsusa tayini suretiyle “namus ve haysiyetine dokunacak bir fiil isnat etmek”tir.

¹⁷⁵ Öykü Didem Aydın, “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:53, 2004, (Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri), s.112.

¹⁷⁶ 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde, “yakıştırmada bulunmak” ibaresi yer almaktaydı. Kanunun gerekçesi göz önünde tutulduğunda “yakıştırmada bulunmak” ibaresinden anlaşılması gereken, esas olarak sövme suçu kapsamında değerlendirilecek; soyut, değer yargılarını içeren sözlerdir. Özbek, s.264. Nitekim madde gerekçesi de “kişiye herhangi bir olayla irtibatlandırmadan, soyut olarak yakıştırmalarda bulunulması halinde de hakaret suçu oluşur. Kötü bir niteliği veya huyu ifade eden sözler, somut bir fiil ya da olguyla irtibatlandırılmadıkları halde yine de hakaret suçunu oluşturlar. Örneğin, serseri, alçak, hayvan denmesi. Yine hırsız, rüşvetçi sahtekar, fahişe gibi yakıştırmalarda bulunulması, kişinin bedeni arızasını ifade veya kişiye bir hastalık izafesi örneğin kör, şaşı, kambur, kel, topal, psikopat, frengili aidsli gibi terimlerin kullanılması. Kişiyi onu toplum içinde küçük düşürmeye yönelik belli bir siyasi kanaatin isnadı örneğin mürteci komünist gibi sözlerin kullanılması”. Yakıştırmada bulunmak ibaresi 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası kanundan çıkarılmıştır.

olguya ilişkin olması gerekmektedir.¹⁷⁷ O halde öncelikle “*somut bir fiil ya da olgu*”nun anlamı tespit edilmelidir. Fiil ya da olgunun kelime anlamından yola çıkılarak, fiil; iş, davranış olarak tanımlanırken, olgu; birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vakıa olarak tanımlanmaktadır.¹⁷⁸ Ancak “*olgu*”nun anlamı “*vakıa*” veya “*fenomen*” olduğu için bu terimin isabetli olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁷⁹ Gerçekten, kanunun gerekçesinde de olgu isnadı denilmesine rağmen, sayılan örneklerden hiçbiri olgu değil, olay, vak’a veya hadisedir.¹⁸⁰

Somut fiil ya da olgu isnadı, sırf değer yargısından ibaret olmayan, gerçek olması gerekmeyen, belli bir fiilin ya da olayın gerçekleştiğinin belli bir kişiyle bağlantılı olarak açıklanmasıdır.¹⁸¹ Gerçekten somut fiil ya da olgu ile anlatılmak istenen, isnadın onu başka eylemlerden ayırt etmeye yetecek şekilde kişi, konu, zaman, yer ve şekle ait tamamlayıcı unsurları kapsamasıdır.¹⁸² Dolayısıyla değer yargısı içeren sözler kullanmak somut fiil ya da olgu isnadı olmadığı için sövme kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁸³ Örneğin birine dolandırıcı denilmesi bir değer yargısıyken, belli tarihte belli bir kişiyi dolandırdığının söylenmesi somut bir olgu isnadıdır.¹⁸⁴ Yargıtay, somut fiil ya da olgu isnadını; “*belirli bir olayı yükleme niteliğinin*” varlığının bulunması olarak belirtmektedir.¹⁸⁵ Isnadın muayyen yani belirli olup olmadığının tespiti bazı zamanlar güç olabilmektedir.¹⁸⁶ Isnadın somut olmasından anlaşılması gereken, doğruluğu ya da yanlışlığı ortaya çıkarılabilen,

¹⁷⁷ 765 sayılı TCK’da isnat edilen hususun muayyen bir “*madde*” (*vakıa*) olması aranmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınları, 1999, s.475.

¹⁷⁸ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55a22dabd4b381.96329650, (05.02.2015).

¹⁷⁹ Hafızogulları ve Özen; s.223.

¹⁸⁰ Hafızogulları ve Özen; s.223.

¹⁸¹ Üzülmöz, Hakaret Suçu, ss. 47-48.

¹⁸² Centel ve diğerleri, 227; Hafızogulları ve Özen; s.223. “*Sanığın, alacaklı vekiline hitaben, icra müdürü yakınının da bulunduğu ortamda, “ben kendisi ile birlikte olsaydım, bu olaylar böyle olmazdı” biçimindeki sözlerinde belirli bir zaman ve yer gösterilmemiş olması nedeniyle eylemin 765 sayılı TCY’nun 266.maddesinin 1.fikrasına uyduğu gözetilmeden 2.fikrası ile hüküm kurulması*” (Y. 4.CD., 12.12.2006, 11810/17581) Bkz. Artuk ve diğerleri, s.479.

¹⁸³ Tezcan ve diğerleri, s.506; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.488; Üzülmöz, Hakaret Suçu, s.48.

¹⁸⁴ Centel ve diğerleri, s.226.

¹⁸⁵ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.488.

¹⁸⁶ Dönmezer, s.274.

ispatlanması olanaklı olan bir fiildir.¹⁸⁷ Diğer bir ifadeyle, içeriği itibariyle objektif doğruluğu sınanabilir nitelikte bir hususun izafe edilmesi gerekmektedir.¹⁸⁸ Dolayısıyla isnat edilen fiil ya da olgunun somut olarak kabul edilebilmesi için; yer, zaman, kişi bakımından belli, bilinen yani muayyen olmalıdır.¹⁸⁹ Bu sebeple, her ne kadar kişinin zeka düzeyinin ölçümü mümkün olsa da bir kişiye “geri zekalı” denmesi durumunda isnadın somut olduğundan söz edilemez.¹⁹⁰ Ancak isnat edilen fiilin tüm özelliklerinin de belirtilmesine gerek yoktur.¹⁹¹ Isnat olunan olgu veya fiilde, ayırıcı unsurlardan tümü bulunabileceği gibi biri de bulanabilir.¹⁹² Gerçekten, isnat edilen fiil ya da olgunun mahkeme kararı gibi olayın bütün inceliklerini ve ayrıntılarını içermesi gerekmemektedir.¹⁹³ Burada önemli olan ifadelerle, müşahhas bir olgunun ya da eylemin tasvir edilmiş olmasıdır.¹⁹⁴ Dolayısıyla tarafsız kişilerin, isnadın hakaret niteliğinde bir fiil olduğunu olasılık dâhilinde görebilmesi ve gerçek olup olmadığının ispata elverişli olması yeterlidir.¹⁹⁵

Isnat edilen somut fiil ya da olgunun gerçek olması gerekme de, TCK m.127 uyarınca faile ceza verilmez.¹⁹⁶

¹⁸⁷ Dönmezer, s.274; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.488; Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.48. 765 sayılı TCK, hakaret suçu bakımından mahsus maddeden bahsetmekte ve mahsus maddenin ne olduğu konusunda doktrin ve uygulamada kriterler geliştirilmişti: Kanunda yer alan madde terimi fiil olarak anlaşılmakta, insanın olumlu ya da olumsuz bir hareketini ifade etmekte ve iradenin dışı vurumu olarak kabul edilmektedir. Özbek, s.263; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.488.

¹⁸⁸ Tezcan ve diğerleri, s.506.

¹⁸⁹ Çetin, s.22; Özen, s.318; Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.48. Örneğin bir kişiye “rüşvetçinin teki” demek soyut bir isnat olduğundan sövme oluştururken, “şu iş için rüşvet aldı” demek belli bir fiilin isnadı, “dairesindeki rüşvet çarkının içinde yer alıyor” demek ise olgu isnadıdır. Bkz. Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.49.

¹⁹⁰ Tezcan ve diğerleri, s.506.

¹⁹¹ Yenidünya ve Alşahin, s.51; Artuk ve diğerleri, s.478; Tezcan ve diğerleri, s.506; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler s.488.

¹⁹² Altun, s.66; Başkan, 30; Centel ve diğerleri, 227. Nitekim Yargıtay CGK kararında “Bu suçun gerçekleşmesi için mağdura yüklenen fiilin belirli olması şarttır. Fiilin muayyen sayılabilmesi için şahsa, şekle, konuya, yere ve zamana ilişkin unsurlar gösterilmiş olmalıdır. Bu unsurların tamamının birlikte söylenmesi şart değildir. Sözlerin isnat edilen fiili belirleyecek açıklıkta olması yeterlidir. Çoğu zaman isnat edilen vakianın hangi zaman ve yerde meydana geldiğinin belirtilmesi, madde tayini suretiyle hakaret suçunun oluşması için yeterli olmaktadır.” denilmek suretiyle bu durum vurgulanmıştır. Y. CGK. 283/306 sayılı karar, 23.11.1992 Bkz. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt:3**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004, s.3907.

¹⁹³ Yenidünya ve Alşahin, s.51.

¹⁹⁴ Artuk ve diğerleri, s.478

¹⁹⁵ Yenidünya ve Alşahin, s.51.

¹⁹⁶ Çetin, s.22.

1.1.5.2. Sövmek

Sövme; sadece bir vasfı ya da soyut(ve olumsuz) bir değer yargısını ifade eden sözlerdir.¹⁹⁷ Burada, kişinin soyut olarak tahkir edilmesi söz konusudur.¹⁹⁸ Nitekim; fail, somut olgu veya fiil isnat etmemekte, ancak olumsuz bir değer yargısını açığa vurmaktadır.¹⁹⁹ Diğer bir ifadeyle sövme, bir sıfat izafe ederek bir kişiyi başkalarının gözünde aşağılamaktır.²⁰⁰ Nitekim sırf niteliği, kötü huyu ifade eden sözler, yani kişiye yönelik soyut yakıştırmalar sövme olarak kabul edilmektedir.²⁰¹ Dolayısıyla sövmenin oluşması için, kişiyi toplum içinde küçük düşüren, inciten, şeref ve itibarı zedeleyen söz ya da davranışın varlığı gerekmektedir.²⁰² Örneğin bir kimseye; serseri, alçak, hırsız, rüşvetçi denilmesi ya da beden engeli açığa vurularak kör, şaşı, aksak denilmesi ya da bir hastalık yakıştırılarak AIDS'li, paranoyak denilmesinin sövme teşkil ettiği belirtilmektedir.²⁰³

Sövme, somut olayda farklı şekillerde -sözle, yazıyla, fiillerle²⁰⁴- gerçekleştirilebilir.²⁰⁵ Ancak sövmeyi, diğer suçlardan ayırt edebilmek için esaslı unsur manevi unsurdur.²⁰⁶ Dolayısıyla, örneğin, tokat atmak yaralama kastı bulunmadığı sürece sövme olarak kabul edilmelidir.²⁰⁷ Ayrıca Yargıtay bir kararında, sanığın haklı bir hususun temini için kamu görevlisine rüşvet teklif etmesini kamu görevlisine hakaret suçu oluşturacağını belirtmiştir.²⁰⁸ Ancak

¹⁹⁷ Özbek, s.264; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.491; Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.49.

¹⁹⁸ Tezcan ve diğerleri, s.447.

¹⁹⁹ Centel ve diğerleri, 227.

²⁰⁰ Hafızogulları ve Özen; s.224.

²⁰¹ Centel ve diğerleri, 228.

²⁰² Artuk ve diğerleri, s.480.

²⁰³ Centel ve diğerleri, 228; Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.49.

²⁰⁴ Örneğin el işaretleri yapmak, tükürmek, kapıyı taşlamak veya kirletmek sövme suçunu oluşturabilir. Erman, s.117.

²⁰⁵ Artuk ve diğerleri, s.480; Erman, s.115.

²⁰⁶ Özbek, s.265; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.491.

²⁰⁷ Erman, s.113; Özbek, s.265; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.491.

²⁰⁸ Y.5.CD., 12.5.2008, 1435/ 4255 Bkz. Tezcan ve diğerleri, s.507. 765 sayılı TCK döneminde de bu nitelikte kararlar verilmiştir: "Gizli bölmesinde eroin maddesi bulunduğunu bildirdiği torunu olan A. O. isimli şahsa ait kamyonunda görevli polislerce arama yapıldığını gören sanığın Van Emniyet Kaçakçılık İstihbarat ve Harekât Şube Müdürü olan müştekiye, polislerce aramaya devam edilmeyip kamyonun bırakılması halinde istediği kadar para vereceğini söylemiş olduğunun anlaşılmasına ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, sanığın vermeyi teklif ettiği paranın miktarını açıklamamış olması nedeniyle eyleminin rüşvet teklifi olmayıp memura hakaret niteliğinde bulunduğu gözetilmemesi" Bkz Y.5.CD., 6. 11. 1997 T, E:1997/3584; K:1997/3888. Bu nitelikte diğer kararlar için: 5CD, 6. 3. 1997 T, E:1997/477 ;K:1997/804. 5CD, 19. 11. 1998 T , E:1998/3739; K:1998/4432. 5. CD, 27. 12. 1999 T, E:1999/5098; K:1999/6376 Bkz. Erdal Baytemir; "5237 sayılı

doktrinde, bu karar bu durumda failin kamu görevlisinin onur, şeref ve saygınlığı zedelemeye yönelik bir kastla hareket ettiğini söylemenin güç olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁰⁹

Doktrinde olumlu hareketlerle sövme suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, örneğin mağdurun elini sıkmamak ya da kendisine soru sorulduğundan küçük düşürücü bir tavırla-sırtını dönerek- cevap vermemesinin suçu oluşturacağı ileri sürülmüştür.²¹⁰ Ancak buna karşın fiilin ihmali bir hareketle işlenemeyeceği belirtilmiştir.²¹¹ Gerçekten, bu fiilin gerek onur, şeref ve saygınlığa saldırı niteliğinde olmasının söylenmesi mümkün değildir. Nitekim, bu durumlarda failin garantör durumunda olduğu da söylenemeyeceğinden ihmali hareketi icrai harekete eş saymak da mümkün değildir.²¹²

Beddua niteliğindeki fiillerin sövme oluşturup oluşturmadığı ise doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. Nitekim, Yargıtay, hem 765 sayılı TCK döneminde verdiği istikrarlı kararlarında “*Allah belanı versin*”, “*cezanı versin*” şeklindeki ifadelerin “*tanrısal ceza dileme, beddua niteliğinde olup, şeref ve haysiyeti incitici mahiyette olmadıkları*”²¹³ hem de son yıllarda verdiği kararlarda,²¹⁴ “*Allah belanı versin*” ifadesini, “*beddua niteliğinde, nezaket dışı, kaba ve rahatsız edici bir söz ise de, şikâyetçi hâkimin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını içermemesi ve sövme fiilini de oluşturmaması nedeniyle*” hakaret suçunun oluşmadığına hükmetmiştir. Buna karşın, Yargıtay 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda, “*Sanığın, cezaevindeki yakını ile görüşmeye izin vermeyen C.Savcısına söylediği kabul edilen: “Allah belanı versin, sen de oraya giresin” biçimindeki sözlerin, yakınanın bela okuyacak nitelikte bir kişiliğe sahip olduğu anlamını taşıdığı ve yakınana küçük düşürücü değer yargıları yüklediği, bu*

Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:88, 2010, s.346.

²⁰⁹ Tezcan ve diğerleri, s.507.

²¹⁰ Erman, s.119.

²¹¹ Tezcan ve diğerleri, s.507.

²¹² Tezcan ve diğerleri, s.507.

²¹³ Artuk ve diğerleri, s.397.

²¹⁴ YCGK, 16.09.2014, E. 2014/2-328 K. 2014/386; Y.9.CD., 06.05.2014, E. 2013/14796 K. 2014/5495 (www.kazanci.com).

suretle suçun sübuta erdiği gözetilerek karar verilmesi gerekirken” denilmek suretiyle farklı bir sonuca ulaşılmıştır.²¹⁵

Doktrinde, somut fiil ya da olgu isnadının, olumsuz bir değer yargısına göre daha fazla haksızlık içeriğine sahip olduğu düşünülmesi ve aynı suçun seçimlik hareketi olarak aynı cezanın öngörülmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür.²¹⁶ Dolayısıyla, somut fiil ya da olgu isnat etmek suretiyle gerçekleşen hakaret ile sövmek suretiyle gerçekleşen hakaret, haksızlık içerikleri farklılık gösterdiğinden bu durumun ceza tayini sırasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.²¹⁷

Doktrinde sövmenin söz konusu olduğu hallerde, eleştirinin hiçbir şekilde söz konusu olamayacağı belirtilmiştir.²¹⁸ Bu konuya çalışmanın ikinci bölümde eleştiri hakkı incelenirken tekrar değinilecektir.

1.1.6. İsnadın Rencide Edici Nitelikte Olması

TCK’nın 125.maddesinin 1.fıkrasında; *“onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut fiil ya da olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığa saldıran...”* denilmek suretiyle isnat edilen somut fiil ya da olgunun şeref ve saygınlığın rencide edici nitelikte olmasını, sövmenin ise kişinin onur, şeref ve saygınlığı için saldırı oluşturması aranmıştır. Ancak bir fiilin ne zaman şeref ve saygınlığı rencide edici(ya da tahkir edici) olduğunu belirlemek zordur. Nitekim, belli bir zamanda veya yerde rencide edici nitelikte olan ibare başka bir yerde veya zamanda rencide edici nitelikte olmayabilir.²¹⁹ Örneğin faşist bir yönetimin olduğu bir ülkede bir kimseye faşist demek rencide edici değilken, demokratik bir ülkede aynı ibare incitici nitelikte kabul edilmektedir.²²⁰

Burada sorun, rencide edici fiilin kime göre belirleneceğidir: Gerçekten rencide edici fiil, öznel açıdan mı(mağdur açısından mı) yoksa nesnel açıdan mı(orta

²¹⁵ Artuk ve diğerleri, s.398.

²¹⁶ Tezcan ve diğerleri, s.447.

²¹⁷ Üzülmöz, Hakaret Suçu, s.46.

²¹⁸ Feyyaz Gölcüklü, “Hakaret- Sövmeye Suçları ve Politik Eleştirisi”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1991, s.8.

²¹⁹ Toroslu, s.104.

²²⁰ Toroslu, s.105.

zekaya sahip kişiler-örf adet kurallarına) değerlendirilmelidir?²²¹ Öznel açıdan değerlendirmenin, her şeyden etkilenen bir kişiyle umursamaz bir kişinin aynı fiil karşısındaki tutumu farklı olacağından sorunu çözmede zorluk çıkaracağı belirtilmiştir.²²² Ancak nesnel açıdan değerlendirmek de onur, şeref, saygınlığın bireyin iç dünyadan soyutlanmasına ve kendisine verdiği iç değer anlamınsızlığı sonucunu doğuracağı belirtilmiştir.²²³ Doktrinde bir görüşe göre, her iki ölçütün bir arada değerlendirilmesi gerektiği, ancak ikisi arasında tercih yapılması gerektiğinde, onur, şeref ve saygınlık ancak toplumla anlam kazanacağından nesnel ölçütlere öncelik tanınması gerektiği ileri sürülmüştür.²²⁴ Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Nitekim bu görüşe göre, insanın olmadığı bir yerde insanın şerefini küçük düşürecek hareketin yapılmasının bir anlam ifade etmeyeceği belirtilmektedir. Ancak burada isabetli olmayan şekilde konular birbirine karıştırılmaktadır.

Bu hususta doğru bir sonuca varabilmek için sorunu ayrıntılı bir şekilde incelemek ve bazı ayrımlarda bulunmak gerekmektedir.²²⁵ Öncelikle belirtmek gerekir ki; şeref ve saygınlığı rencide edici nitelikte olmadığından sırf yakınma ve serzeniş niteliğinde beyanlar, çaresizliğin dile getirilmesi ya da sanığın (örneğin memura karşı) umursamaz hal ve hareketleri hakaret suçunu oluşturmaz.²²⁶ Fiilin kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek ya da ona saldırı oluşturabilecek nitelikte olması yeterlidir.²²⁷ Hakaret suçunun oluşması yönünden; fiilin şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikte olup olmadığı her somut olaya göre belirlenmelidir.²²⁸ Değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken husus, söylenen

²²¹ Özen, s.95.

²²² Çalışır ve Çalışır, s.18; Özen, s.95.

²²³ Çalışır ve Çalışır, s.18.

²²⁴ Özen, s.95.

²²⁵ Bu durum, 765 sayılı TCK'da, "halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak" şeklinde ifade edilerek tahkir edici fiil olmasını aramaktaydı. Bkz. Erman, s.79.

²²⁶ Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.47.

²²⁷ Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.47.

²²⁸ Artuk ve diğerleri, s.481. "Alkol muayenesi için götürüldüğü acil serviste doktora "tüh sana yazıklar olsun ne biçim doktorsun" şeklindeki ifadeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanığın katılana yönelttiği sözlerin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı davranış niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir." Y. 4.CD., E.2014/ 5075 K.2014/ 37095, T:25.12.2014, www.kazancı.com.tr, (07.03.2015). "Sanığın hükümlü olduğu, eşinin kendisine vasi olarak atandığı, ancak sanığın eşinin vasilik görevini sürdürmesini arzu etmediği, değiştirilmesini istediği, Sulh Hukuk Mahkemesi'ne bu hususta birkaç kez dilekçeyle başvurmasına karşın tüm taleplerinin reddedildiği, sanığın zorlu koşullar altında cezaevinde iken bu nedenle Sulh Hukuk Mahkemesine hitaben

sözlerin günlük anlamı ile argoda farklı şekillerde kullanılıp kullanılmadığı, toplumsal hafızada ne şekilde değerlendirildiği gibi hususlara önem verilmelidir.²²⁹ İsnat edilen fiil, nesnel olarak, incitici, kalp kırıcı nitelikte olmalıdır.²³⁰ Fiilin örf ve adetçe ve kamuoyunca mağdurun şeref ve haysiyetini sarsacak nitelikte olması gerekmektedir.²³¹ Mağdurun bu duyguyu yaşayıp yaşamaması önemli olmamakla birlikte toplumda geçerli ortalama örf ve adet kuralları çerçevesinde objektif olarak bu sonucu doğurabilecek nitelikte olması gerekmektedir.²³² Bu bakımdan kumar borcunu ödememek veya aleyhte açılan alacak davasında borcun kumardan doğduğunu ileri sürmek, ancak sınırlı bir zümrede haysiyet kırıcı sayıldığı halde, geniş ve vasat halk tabakasının görüşüne göre bu nitelikte görülmemektedir.²³³ Bir isnadın tahkir edici özellik taşıyıp taşımadığı somut olayın tüm özellikleri göz önünde tutularak hâkim tarafından belirlenir.²³⁴

Ancak unutmamak gerekir ki, kanun koyucunun örf adete başvurusu, örf adetin kanuna aykırı olmaması şartıyla sınırlıdır.²³⁵ Kişiyi suç teşkil eden bir eylemin isnat edilmesi, hakaret ya da sövmeyi oluşturur²³⁶: Örneğin; kaçakçılık suçunu işlediğini, ihaleye fesat karıştırdığını söylemek gibi.

"Anlaşıyor ki masanın üstünde laik T.C. yasaları kanunları kitabı göstermelik duruyor, ayrıca masanın altında başka birilerine ait bir yasa kitabı var onun yasaları uygulanıyor. Öyle bir karar ancak ... TV'sinde uyduruktan dizi yapılmış abuk subuk mahkeme dizisinde görülmektedir... Davacım haysiyetsiz, şerefsiz, karaktersiz, onursuz, gurursuz olursa, (vasi atama dosyasındaki eşinden bahsediyor) beni yargılayan mahkemede laik T.C. yasalarını uygulamayıp F tipi bir yargılama yaparsa küçük bir ateşin üzerine benzin dökmeye benzer..." şeklindeki ifadeler içeren bir mektup yazdığı anlaşılmıştır. Sanığın mektupta yazdığı cümleler her ne kadar sert, kırıcı, rahatsız edici olsa da, tüm koşullar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanığın katılana yönelttiği sözlerin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı davranış-ağır eleştiri niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir. (Y. 4.CD., E.2010/ 7131, K.2014/ 34933, T:3.12.2014, www.kazanci.com.tr) Ceza infaz kurumunda bulunan eşine para yatırmak için gelen sanığın, ziyaret günü olmadığı için çocuğunun kendisiyle birlikte cezaevine girmesine izin verilmemesi üzerine, cezaevi çevresinin başı boş köpeklerin dolaştığı ıssız bir yer olması ve 6 yaşındaki çocuğunun korkması nedeniyle, nizamiyede görevli bulunan müştekiye, kendisine yapıldığını düşündüğü haksızlığı eleştiri amaçlı olarak söylediği kabul edilen, "terbiyesizlik yapıyorsun" biçimindeki sözlerin, müştekinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, ağır eleştiri, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı davranış niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından..." Y. 4.CD., 11.11.2014, E.2013/ 6780, K.2014/ 32605, www.kazanci.com.tr (07.03.2015).

²²⁹ Artuk ve diğerleri, s.484.

²³⁰ Hafizogulları ve Özen; s.223.

²³¹ Çetin, s.23.

²³² Arısoy, s.162; Cebe, s.31; Erman, s.79; Üzülmüş, Hakaret Suçu, s.47.

²³³ Erman, s.79.

²³⁴ Arısoy, s.162.

²³⁵ Erman, s.83.

²³⁶ Artuk ve diğerleri, s.481.

Tarafların sosyal mevkii ile fiilin işlenmesi sırasındaki hal ve şartları gözetmek ve bu esaslardan edinilecek kanaate göre, fiilin mağdurun şeref ve itibarını kırıncı nitelikte olup olmadığının tespiti gerekmektedir.²³⁷

Bir yerde veya bir çevrede, örneğin, ulan, kerata, serseri vs. gibi küfür sayılan bir şey başka bir yerde ya da çevrede övgü sayılabildiğinden bir sözün, sesin ya da işaretin sövme olup olmadığı genellikle suçun işlendiği yerin değerlerine göre belirlenir.²³⁸ Örneğin bazı yörelerde “hacı analık yapıyor” demek olumlu bir şeyken, bazı yerlerde bu deyim fuhuşa aracılık etmek anlamında kullanılabilmektedir.²³⁹

İsnadın belli bir mağdura yöneltilmesi gerektiğinden,²⁴⁰ alkollü bir şahsın bağırıp çağırarak sövmesi hakaret suçunu oluşturmaz.²⁴¹

Onur, şeref, saygınlığın rencide olması, mağdurun başkalarının önünde küçük düşmesi, onların hakaret ve düşmanlığına maruz kalmasıdır. Bu konuda göz önünde tutulacak husus, toplumun genel ve orta kesiminin düşünüş ve anlayışı, toplumda geçerli olan değer yargılarıdır.²⁴² Değer yargıları, zamanla veya toplumlara göre değişebileceğinden, esas alınması gereken, suçun işlendiği sırada geçerli olan değer yargıları ile örf ve adettir.²⁴³

Mağdurun aşırı hassasiyeti, kendi saygınlığını rencide ettiğini ileri sürmesi fiilin tahkir edici sayılıp sayılmamasını etkilemez.²⁴⁴ Aksi halde kamuoyunca tahkir edici sayılmayan bir fiil, sırf tenkide maruz kalanın böyle addetmesinden dolayı cezalandırılması gerekecektir. Ancak kanun, kişinin kendi şerefi hakkında beslediği kanaati, yani izzeti nefsinin değil, yaşadığı toplumdaki vakarını, yani, onun hakkında beslenen değer hükmünü korumaktadır.²⁴⁵ Bu sebeple, selam vermemek ya da almamak, el sıkmamak bir kimsenin izzetinefsini rencide etse de tahkiri ifade etmemektedir.²⁴⁶

²³⁷ Çetin, s.23.

²³⁸ Hafizoğulları ve Özen; s.224.

²³⁹ Yaşar ve diğerleri, s.3906.

²⁴⁰ Centel ve diğerleri, s.226.

²⁴¹ Arısoy, s.165.

²⁴² Centel ve diğerleri, s.226.

²⁴³ Centel ve diğerleri, 227; Erman, s.79.

²⁴⁴ Centel ve diğerleri, 227; Erman, s.79.

²⁴⁵ Erman, s.82.

²⁴⁶ Erman, s.82.

Bazı hallerde mağdurun konumu veya sıfatı fiilin tahkir edici ya da hakaretamiz olup olmadığı hususunda önem taşıyabilir.²⁴⁷ Bu sebeple, mağdurun kişisel durumu, mesleği, siyasi kariyeri göz önünde bulundurularak isnat edilen fiilin mahiyeti belirlenmelidir.²⁴⁸ Bu belirlenirken, fail ve mağdur arasındaki ilişkinin mahiyeti ve şekli, failin yaşı, durumu ve eğitimi de göz önünde bulundurulmalıdır.²⁴⁹ Örneğin evli bir kadının çocuğunu düşürdüğünü ileri sürmekle bekar ya da boşanmış bir kadının çocuğunu düşürdüğünü iddia etmek arasında farklılık olduğu açıktır.²⁵⁰

Bir görüşe göre, isnadın geçmişte veya halde meydana gelmesi arandığından gelecekte gerçekleşen olayların somut bir fiil kavramına girmeyeceği ileri sürülmüştür.²⁵¹ Buna karşın hakaret ve sövme fiilleri, geçmişte yaşanan bir olaya ilişkin olabileceği gibi, fiilin gerçekleştiği zamana ve hatta geleceğe ilişkin de olabilir.^{252 253}

1.2. HAKARETİ SUÇ OLMAKTAN ÇIKARMA EĞİLİMİ VE HAKARETİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ SORUNU

1.2.1. Suç ve Ceza Kavramı Üzerine

Kendisini inceleyen disiplinlerin her birinde farklı şekilde tanımlanan suç,²⁵⁴ genel olarak toplumda hâkim olan hukuksal değerlere tecavüz eden fiiller şeklinde tanımlanabilir.²⁵⁵ Şekli anlamda suç ise, işleyene karşı ceza denilen özel bir tepkiye

²⁴⁷ Centel ve diğerleri, 227; Erman, s.79; Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.47.

²⁴⁸ Erman, s.79; Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.47.

²⁴⁹ Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.47.

²⁵⁰ Muhammet Turgay Başkan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Hakaret Suçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.33; Erman, s.82.

²⁵¹ Altun, s.190; Yenidünya ve Alşahin, s.51.

²⁵² Devrim Aydın, “Türk Ceza Kanununda Hakaret Suçu”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları, İstanbul, 2013, ss. 880 vd.

²⁵³ Bazı yazarlara göre, gelecekte gerçekleşeceği düşünülen bir olay bu kapsamda değerlendirilmez. Bkz. Artuk ve diğerleri, s.480; Önder, s.240. Isnadın vuku bulmuş bir fiil ya da olayla bağlantılı olması gerektiği hakkında Bkz. Üzülmmez, Hakaret Suçu, s.48.

²⁵⁴ Cahit Can, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012, s.411.

²⁵⁵ Konudan uzaklaşılması için suç kavramının, teknik ceza hukuku açısından incelenmeyecek, tartışmalara yer verilmeyecektir.

yol açan edime denmektedir.²⁵⁶ Ancak suç, sadece yasal kategori olarak öğrenilip tanımlanamaz.²⁵⁷ Zira, ceza hukuku sadece suç olan fiilleri belirlemek, incelemek ve yorumlamakla suçu açıklayabilmiş ve önleyebilmiş değildir.²⁵⁸ Kaldı ki, yürürlükteki kanunların sosyal gerçekliği ne ölçüde yansıttığı, kimin iradesini ortaya koyduğu da kuşkusuz ayrı bir sorundur. Dolayısıyla, her ne kadar başka hiçbir disiplin ceza hukuku kadar suç denilen sosyal olayı veya olguyu incelemeye yetkili ve yetkin olmasa da²⁵⁹ suça dair geliştirilen teorik açıklamaların tek başına yeterli olmadığı ve dolayısıyla suç olgusunun tek bir faktörle açıklanamayacağı aşîkârdır.²⁶⁰ Gerçekten suçun nedensel ve açıklayıcı bir tanımı için kriminoloji; suç tüm toplumları ve kültürleri incelediği için antropoloji; sosyal bir olay suçun insana özgü olarak ortaya çıkan değişik oluşumların analizi olduğu²⁶¹ için sosyoloji²⁶², suçun nasıl temellendirildiğini anlamak için felsefe²⁶³ alanlarından yararlanmak gerekmektedir. Bu sebeple psikolojiden sosyolojiye, hukuktan antropolojiye ve hatta tıp ve biyolojiye kadar pek çok bilim ve disiplinin konusu olan suçu daha iyi anlayabilmek için disiplinler arası bir çalışma yapılmalı ve çeşitli bilim dallarının kavramsal ve metodolojik özgünlükleri birlikte kullanılmalıdır.²⁶⁴

O halde, öncelikle suç sosyolojisi konusuna ait, bir fiilin neden suç sayıldığı ve bu süreçle birlikte bu sonuca yardım eden koşulları incelemek gerekir.²⁶⁵ Zira suç, diğer tüm özelliklerin önce sosyal bir olaydır²⁶⁶. Sosyolojinin en ilgi çeken konularından biri, toplumsal düzenin nasıl oluştuğu ve sürdürülebilirliğidir.²⁶⁷ Nitekim, sosyolojide ana konu, neden bazı bireylerin sapkın davranış

²⁵⁶ Emile Durkheim, **Toplumsal İşbölümü**, (Çev.Özer Özenkaya), Cem Yayınevi, İstanbul 2006, s.99.

²⁵⁷ İlham Rahimov, **Suç ve Ceza Felsefesi**, EkoAvrasya Yayınları, Ankara, 2014, s.23.

²⁵⁸ Can, s.424.

²⁵⁹ Can, s.425.

²⁶⁰ Özgür Sarı, “Suç ve Kent”, **Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi**, Nobel Yayınları, Ankara 2013, s.183.

²⁶¹ Nurgün Oktik, Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kuramsal Yaklaşımlar, **Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi**, Nobel Yayınları, Ankara, 2013, s.4.

²⁶² Ancak sosyolojinin en önemli araştırma metodlarından olan tecrübi-istatistik metodu adalet öyküsü nedeniyle tesis edilemediği(örneğin aynı suçu işleyen kişilerin farklı cezaya çarptırılmaları mümkün olmadığından), dolayısıyla sosyolojinin bazı konularda yetersiz kaldığı hakkında Bkz. Mustafa Tören Yücel, “Suç Problemine Felsefi Bir Bakış ve Ceza Adaletinin Tesirliliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:1969, Sayı:1, ss. 18 vd.

²⁶³ Rahimov, s.14.

²⁶⁴ Sarı, s.184.

²⁶⁵ Can, s.427.

²⁶⁶ Can, s.424, Sarı, s.183.

²⁶⁷ Oktik, s.5.

sergile(me)diği/suç işle(me)diği, bu fiillerin toplumun genelini ne ölçüde etkilediğidir.²⁶⁸ Normallik algısının toplumdan topluma değişmesi ve kültürel farklılıklar sosyolojik ve sosyal antropolojik teorilerle açıklama gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Gerçekten bir toplumda suç olan davranış başka bir toplumda övgüyle karşılanabilmektedir. Örneğin, tarihte öyle halklar olmuştu ki, onların arasında yağma ve soygun suç değil, erdem olarak kabul edilmiştir.²⁶⁹ Bir diğer örnek olarak, Zerdüşt'ün takipçileri için en ağır suçun, ölmüş insanın toprağa gömülmüş olması gösterilebilir.²⁷⁰ Bunun gibi, antik çağda, sanat ve felsefenin doruğa eriştiği günlerde köleleri öldürme özgürlüğü söz konusuydu.²⁷¹ O halde, toplumlarda, suç yere ya da zamana göre değişebilir. Bu nedenle suçu zaman ve mekân dışında ele alarak onu doğuran sosyal etkileri göz ardı ederek anlamamız mümkün değildir.²⁷² Gerçekten bazı toplumda kabul edilen değerler ve davranış kuralları önemini kaybedebilir veya amacı ve adilliği şüphe altında olabilir.²⁷³ Ancak bu demek değildir ki, suçun değişik türleri arasında ortak özellik bulunmamaktadır. Aslında tüm bu farklılıklara rağmen, suçun toplumda uyandırdığı bir tepki olarak ortaya çıkan ceza, nicelik farkları gözetilmezse her zaman ve her yerde aynıdır.²⁷⁴ Gerçekten, sadece aynı toplumun kanunlarının öngördüğü suçlar açısından değil, aynı zamanda farklı toplum türlerinde ve hatta farklı dönemlerde öngörülen suç denilen edim arasında benzerlikler bulunduğu şüphesizdir.²⁷⁵ Zira, her yerde, ulusların ahlaki vicdanları benzer bir şekilde etkilenmekte ve benzer tepkilere yol açmaktadır.²⁷⁶ Öyleyse, suçun ne olduğunu öğrenmek istiyorsak farklı toplum türlerinde görülen bütün değişik suçlarda ortak olan özellikleri bularak başlamalıyız.²⁷⁷

Günümüz sosyolojisinde bir davranışın suç olarak nitelendirilmesi için şu koşulların bir arada bulunması gerekmektedir: *“1) Suçlular tarafından kendilerine saygı gösterilmeyen ya da varlıkları dahi bilinmeyen kimi değerlerin ve kuralların, toplum üyelerinin çoğunluğunca veya siyasal açıdan güçlü olanlarca benimsenmiş*

²⁶⁸ Oktik, s.5.

²⁶⁹ Rahimov, s.26.

²⁷⁰ Rahimov, s.26.

²⁷¹ Can, s.428.

²⁷² Rahimov, s.27.

²⁷³ Rahimov, s.27.

²⁷⁴ Durkheim, s.99.

²⁷⁵ Durkheim, s.99.

²⁷⁶ Durkheim, s.99.

²⁷⁷ Durkheim, s.100.

olması 2) Bazı grupların ya da bu grupların üyesi olan bireylerin, çoğunluğun meydana getirdiği diğer gruplardan, özetle kültür bütününe kopmalarının, bu kültürle uzlaşmaz duruma düşmelerini kaçınılmaz kılması(Bunların sonucunda da çoğunluğun adı geçen azınlığa yaptırım uygulaması.”²⁷⁸ O halde, bir fiil sadece yapısal özelliği nedeniyle değil, bir toplumun ya da toplum içinde yaşayan çoğunluğun o davranışı suç olarak nitelemesi nedeniyle suç sayılmaktadır.²⁷⁹ Dolayısıyla suç, bir davranışın objektif değerler²⁸⁰ açısından niteliğini değil, belirli bir toplumun belirli bir davranışı konusunda ne düşündüğünü gösterir.²⁸¹ Özetle, sosyoloji açısından suç, belirli bir zamanda belli bir toplumun çoğunluğunca ya da yönetme erkini elinde bulunduran bir azınlık tarafından benimsenmiş bulunan ve sahip olduğu kültür bütününe değer ve kurallarına aykırı düşen, o dönemin ceza kökenli kurallarınca suç olarak belirtilmiş bulunan fiildir.²⁸² Ancak günümüzde, suç, toplumun büyük kesiminin sahip olduğu kültür bütününe değer ve kurallarına aykırı düşmemektedir. Ceza hukukunun temeli, *toplumun genel yararı*²⁸³, suçların ağırlıklarının yegane ölçütü *topluma verilen zarar*²⁸⁴ olduğu halde günümüzde suç, yönetme erkini elinde bulunduran bir azınlık tarafından benimsenmiş kurallar bütünüdür. O halde, tarihsel açıdan bakıldığında, özgür insanların aralarında yaptığı sözleşmelerden ibaret olan ya da olması gereken kanunlar, çoğu zaman ya küçük bir grubun tutkularının araçları olarak ortaya çıkmakta ya da rastlantıya bağlı geçici bir zorunluluktan kaynaklandığı görülmektedir.²⁸⁵ Bu nedenle, çağdaş ceza kanunlarında yer alan fiillerin çoğu ciddi bir tartışma konusu olmaktadır. Bu bağlamda, son zamanlarda suç niteliği oldukça tartışmalı olan konuların başında hakaret gelmektedir.

²⁷⁸ Can, s.427.

²⁷⁹ Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi Ders Notları**, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965-1966, s.19.

²⁸⁰ Cahit Can objektif değer yargısı şeklinde ifade etmiş olmasına rağmen değer yargısı ibaresi yerine değer ifadesini kullanmayı uygun bulduk.

²⁸¹ Can, s.427.

²⁸² Can, s.428.

²⁸³ Beccaria, s.20.

²⁸⁴ Beccaria, s.51.

²⁸⁵ Beccaria, s.21. Bu durum, gerçekte suç oluşturmaması gereken, zararsız ve önemsiz bir takım fiillerin cezalandırılması, suçları önlemek bir yana, yeni suçların doğmasına ve erdem/kusur anlayışının keyfe göre tanımlanmasına yol açmaktadır. Bkz. Beccaria, s.202.

1.2.2. Hakaretin Suç Olarak Öngörülmesi ve Cezalandırılabilirliği

Şayet suç, toplumda hâkim olan hukuksal değerlere tecavüz eden fiiller olarak tanımlanmaktaysa, hakaretin suç olarak düzenlenip düzenlenemeyeceği incelenirken değerlendirilmesi gereken ilk husus, hakaretin toplumun büyük kesiminin sahip olduğu değer ve kurallara aykırı düşüp düşmediğidir. Kanaatimizce, bu durum diğer disiplinlerden -özellikle sosyolojiden- yararlanılmadan ve bu konuda alan çalışması yapılmadan açıklanamaz. Ancak, yine de, hakaretin cezalandırılmasının tarihçesi incelendiğinde ve hakaretin neden ve ne ile cezalandırıldığı ya da neden kimi toplumların hakareti suç olmaktan çıkardığı hususunda yaşanan değişime bakılması ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden yararlanılması bu konuda yol gösterici olabilir.

Tarihçesine bakıldığında, hakaretin suç olarak düzenlenmesinin dört sebebi vardır: düellonun engellenebilmesi, kamu düzenini bozucu bireysel tepki verilmesinin önüne geçilmek istenmesi, yöneticilerin kendilerini ve makamlarını koruma arzusu ya da kişilerin itibarlarının koruma isteği. Nitekim, hakaret tarih kadar eski olmakla beraber²⁸⁶ hakaretin suç olarak öngörülmesinin sebebi öncelikli olarak belli bir sosyal sınıfa mensup kişilerin korunmasına dayanmaktadır.²⁸⁷ Gerçekten, özellikle yöneticiler hem kendilerinin hem de izledikleri politikalarının eleştirilmesinin önüne geçmek için hakareti suç olarak düzenlemişlerdir. Ayrıca, kaynağını Roma Hukukundan alan geçmişte, İngiliz De Scandalis Magnatum Kanununda ve modern çağda 1881 Fransız Basın Kanunda düzenlenen ve şerefe yönelik ifadelerin temelinde yatan asıl düşünce dönemin şartlarında yaygın bir usul olan meydan okuma ve düellonun²⁸⁸ önlenmesiydi.²⁸⁹ Zira, ancak hakaret suç olarak düzenlenirse bu meydan okuma ve düello engellenebilecekti.

²⁸⁶ Cebe, s.5. Müyesser Karagöz, **5237 sayılı Türk Ceza Yasasında Hakaret Suçu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.8.

²⁸⁷ Hakaret suçunun tarihçesi için detaylı bilgi için Bkz. Erman, s.5vd.

²⁸⁸ “Onurunun zedelendiğini düşünen kişi, yanına iki tanık alarak rakibini düelloya çağırırdı. Rakibi de iki tanık bulur, bu tanıklar düelloda uyulacak kurallar saptarlardı. Silah seçimini düelloyu isteyen kişi yapardı. Genelde kılıç ya da tabanca kullanılırdı. Tanıklar düellonun yapılacağı alanın enini boyunu ölçer ve silahları denetlerdi. Düellocular kılıçla dövüşüyorlarsa, bunun belirlenmiş alan içinde gerçekleşmesi gerekirdi. Düello için silah saptanmışsa, düelloya tutuşan kişiler tanıkların saptamış olduğu uzaklıktaki işaretli yerlerden ateş ederlerdi. Eğer çok ağır bir suçlama söz konusu değilse, karşılıklı birer el ateşle ya da hafif bir yaralanmayla düello sona ererdi. Ağır bir suçlamada

Bu noktada, hakaret sorununun uzun bir tarihi geçmişe sahip Amerika Birleşik Devletleri de –hakaretin suç olarak öngörülmesine ilişkin benzer bir tarihçe geçirdiğinden- incelemeye değerdir.²⁹⁰ Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’nde hakaretin İngiliz ortak hukukuna dayanan ilk düzenleniş biçimindeki anlayış *“kralla kulları arasında anlaşmazlık doğurabilecek özellikle yalan haberlerin ya da hikayelerin yasaklanması devlet içinde barışa ve ülkenin yönetici sınıfının siyasal konumlarına karşı yapılacak saldırılardan korunması amacına hizmet ettiğine dayanmaktaydı”*.²⁹¹ Dolayısıyla hakaret ilk başta kamu barışını bozucu bir fiil olarak değerlendirilmiş ve cezanın temeli, bireysel bir hukuki değere verilen zarar değil, kamu üzerinde etki doğurabilecek olası ve ikincil etkiler olmuştur.²⁹² Gerçekten Avrupa ceza hukuku tarihinde hakaret, ilk olarak yıkıcı hakaret *“seditious libel”* olarak ortaya çıkmış ve öncelikle yöneticilere, daha sonrasında da kişilere yapılan hakaret fiilleri cezalandırılmıştır.²⁹³ Ancak Amerika Birleşik Devletlerinde kamu barışı anlayışı kısa sürede terk edilmiş ve bir yandan hakareten doğabilecek kişiler arası şiddet eylemleriyle başka araçlarla mücadele edilirken, diğer yandan çok sayıda eyalette hakaret suç olmaktan çıkarılarak özel hukuk kurallarında düzenlenmiştir.²⁹⁴ Dolayısıyla hakaret, başta olduğu gibi kamu barışını bozan bir fiil olarak değil, toplumda haklı kazanılan ismin ya da ünün çağrıştırdığı niteliklerin-onur, şeref ya da saygınlığın- zedelenmesinden duyulan korku olarak yerine almıştır.²⁹⁵ Görüldüğü

ise, düello ölümle ya da ağır yaralanmayla sonuçlanacak biçimde gerçekleşirdi. Tanıkların da birbirleriyle dövüştüğü dönemler de olmuştur.” Bkz. wikipedia, <https://tr.wikipedia.org/wiki/D%C3%BCello>

²⁸⁹ Hasan Sınar, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Akımı Yönünden Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, (Suç Olmaktan Çıkarılması), s.106.

²⁹⁰ Amerika Birleşik Devletlerinde hakaret fiillerine hâkim hukuk eski İngiliz ortak hukukundan alınmıştır. Bkz. Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.136.

²⁹¹ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.136.

²⁹² Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.136.

²⁹³ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.136.

²⁹⁴ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.137.

²⁹⁵ Gerçekten, kurulduğu zamandan bu yana artan hızla çoğulculaşan, Avrupa’da bulunduğu ölçüde kendisinden rahatsız olup kurtulmaya çalışılan soy, sop, aile, dini kurum vs. “kalıtsal” bağlara dayalı bir şeref anlayışı içinde gelişen kast düzeninin gerektirdiği düellocu modele karşıt bir toplumsal yapı geliştirmiş olan Amerika’da soydan soptan ve kalıtsal olarak aktarılan şeref anlayışı yerine, haklı kazanılması ve yine adil olarak her an yitilmesi olası şeref anlayışının yerleşmesi gerektiğini ve önce ticaret sonra endüstri kentsoyluluğuna dayanan bir toplumsal dinamizm içinde kavga ve gürültüyle, düelloyla korunması gereken durağan bir şeref ve haysiyetin değil bireyin toplum içindeki yerini etkileyebilecek bireylerarası ilişkilerin toplumsal kurumlar içinde usulüne uygun olarak dengelenmesi esasına dayalı olan bir şeref ve haysiyet anlayışının geçerli olmaya başladığını görmek zor değildir. Aydın, s.137.

üzere, hakaret suçlarında Amerika Birleşik Devletlerinde kamu barışı, kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarından uzaklaşmış ve hakaret kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş ve daha sonra ceza kanunlarından çıkmış ve medeni yaptırımlarla düzenlenmiştir.²⁹⁶ Dolayısıyla şu an Amerika Birleşik Devletlerinde hakaret suç olarak düzenlenmemekte,²⁹⁷ ancak medeni hukukta geçerli “*punitive damages*” denilen cezai tazminat kurumu bu boşluğu doldurmaktadır.²⁹⁸

Son zamanlarda karşılaştırmalı hukukta hakaret fiilinin suç olmaktan çıkarılması yönünde güçlü bir eğilim olduğu görülmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi²⁹⁹ (Meclis), Avrupa Konseyine(Konsey) üye bazı devletlerde yürürlükte olan yasaların, hakaret için hapis cezası öngördüğüne dikkat çekerek sözlü ya da yazılı hakaretin hapis cezasını gerektiren suç olmaktan çıkartılması yönünde birçok tavsiye kararı yayınlamıştır.³⁰⁰ Meclis tarafından verilen bu kararlarla uyumlu olarak, yazılı ve sözlü hakaretin suç olmaktan çıkartılması ya da bu tür hakaretler için yasalarda öngörülen cezaların hafifletilmesi için çeşitli düzenlemeler yapma konusunda Konseye üye devletler arasında genel bir fikir birliği bulunmaktadır.³⁰¹ Meclis tarafından 2007 yılında verilen kararda, hakaret suçu için hapis cezası uygulayan ülkeler arasında Türkiye ve Azerbaycan olumsuz örnek ülkeler olarak gösterilmiş, ayrıca kamusal figürlere daha yüksek koruma sağlayan TCK’nın m.125/3 hükmünün değiştirilmesi yönünde çağrı yapılmıştır.³⁰²

²⁹⁶ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.139. ABD Yüksek Mahkemesi’nin “Garrison v. Louisiana” kararı ile tümü ile suç olmaktan çıkarılmıştır.

²⁹⁷ Garrison v. Louisiana (379 U.S. 64, 69(1964)) kararı için Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/64/case.html> (22.03.2015).

²⁹⁸ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.139.

²⁹⁹ Konseyin 2007 yılında “*Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru*” başlığını taşıyan 1577 sayılı karar için Bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=17588&lang=en>, (25.03.2015), (Meclisin konuyla ilgili diğer tavsiye kararları için Bkz. Parliamentary Assembly, *Towards Decriminalisation of Defamation*, Resolution 1814, 04/10/2007, § 1; Parliamentary Assembly, *Respect for media freedom*, Recommendation 1897, 27/1/2010, § 1)

³⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, Oktar Kararı, Başvuru No:2013/514, Karar Tarihi:2.10.2013, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131101-17.pdf>, (06.03.2015).

³⁰¹ Ayrıca verilen bu kararlar Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulanmaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, Oktar Kararı, Başvuru No:2013/514, Karar Tarihi:2.10.2013, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131101-17.pdf>, (06.03.2015).

³⁰² Parliamentary Assembly, *Towards decriminalisation of defamation*, Resolution 1577, 04.10.2007 Bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=17588&lang=en> (06.03.2015).

İngiltere ve Galler’de hakaret Coroners and Justice Act 2009 ile suç olmaktan çıkarılmıştır.³⁰³ Aslında, İngiltere’de hakaret fiilleri 2009 yılı öncesinde de sadece kağıt üzerinde kalmaktaydı. Ancak çoğu ülke, İngiltere’ye atıfta bulunarak hakareti suç olarak öngörülmesini kendince haklılaştırmaktaydı. Ayrıca, 1992 yılında Yeni Zelanda’da, 2001 yılında Ukranya’da, 2004 yılında Gürcistan’da, 2009’da Arjantin’de hakaret suç olmaktan çıkarılmıştır. İtalya’da ise hakaret suçu için hapis cezası veya para cezası öngörülmüş, ancak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 2006 yılında hakaretin hapisle cezalandırılmaması yönünde deklarasyon yayınlamış, ifade özgürlüğü üzerinde çalışan raportörler hapis cezasına başvurulmaması gerektiğini belirtmiş ve Article 19 isimli uluslararası kuruluş da demokratik toplumda hakaretin suç olarak öngörülmemesi gerektiğini vurgulamıştır.³⁰⁴

Ayrıca AİHM de birçok kararında, Meclisin hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik tavsiye kararlarına atıfla, sözleşmecî devletlerin zaman geçirmeksizin hakareti suç olmaktan çıkarmaları gerektiğine vurgu yapmaktadır.³⁰⁵

Hakaretin suç olmaktan çıkartılması³⁰⁶ eğiliminde olan yazarlar bunu iki temel gerekçeye dayandırmaktadır³⁰⁷: Biri, yukarıda değinildiği gibi, artık günümüzde hakaretin suç olarak düzenlenmesinin meşru bir amaca hizmet etmediğidir. Gerçekten çalışmamızda incelediğimiz üzere, hakaretin suç olarak öngörülmesinin ve cezalandırılmasının temelindeki sebepler artık günümüzde çağdaş toplumlarda bulunmamaktadır. Suç olmaktan çıkarma eğilimini savunan görüşün

³⁰³ Ancak medeni hukukta hakarete ilişkin normlar varlığını sürdürmektedir. Bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/pdfs/ukpga_20130026_en.pdf, (06.03.2015).

³⁰⁴ <https://www.article19.org/resources.php/resource/2721/en/italy:-criminal-defamation-legislation-must-be-repealed>, (10.03.2015).

³⁰⁵ Bkz. *Sabanović/Sırbistan ve Karadağ*, 5995/06, 31/5/2011, § 43; *Niskasaari/Finlandiya*, 37520/07, 6/7/2010, § 77.

³⁰⁶ Suç olmaktan çıkarma üç farklı şekilde olmaktadır: Suç durumundan çıkarma, ceza durumundan çıkarma ve koşuşturmadan ayrılma. Suç olmaktan çıkarma, suç olan fiillerin ceza kanunlarından çıkarılması ve başka hiçbir hukuk alanına dahil edilmemesi olabileceği gibi, ceza kanunlarından çıkarılmakla birlikte (İtalya ve Almanya’da olduğu gibi idare hukukuna) dahil edilmesi şeklinde de olabilir. Bkz. Köksal Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 50, No:1-4, 1984, s.197 vd. Dolayısıyla suç olmaktan çıkarmanın ceza hukuku anlamında suç durumundan çıkarmada olduğu gibi mutlak sonucu ve suç olmaktan çıkarılan fiilin idari suç haline dönüştürülmesi veya hiçbir şekilde suç sayılmaması şeklinde nispi sonucu söz konusudur. Bkz. Ali Karagülmez, **Suç Olmaktan Çıkarma, İdari Para Cezaları, Açıklamalı Kabahatler Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.29.

³⁰⁷ Sınar, Suç Olmaktan Çıkarılması, s.106.

ikinci dayanağı, ceza hukukunun son çare olma(ultima ratio) prensibidir. Dolayısıyla bu görüşe göre, bu tür fiiller ceza hukuku yaptırımlarıyla değil, özel hukuka ilişkin tedbirler ile korunmalıdır. Nitekim toplumsal düzen, sadece yapılması yasaklanan fiillerin suç kabul edilmesiyle sağlanamamakta, suç ihdasının ötesinde yasaklı davranışlara idari ve hukuki yaptırım getirilmesi gerekmektedir.³⁰⁸ O halde, her yasak eylemin suç olması düşünülemeyeceğinden, devletin en üst düzeydeki tasarrufu olan ceza hukuku yaptırımlarının uygulanacağı insan davranışlarının belirlenmesinde son derece özenli davranmak gerekmektedir.³⁰⁹ Gerçekten devlet suç olan fiili belirlerken çok farklı faktörler etkili olmakla birlikte, öncelikli ölçüt “toplumsal ihtiyaç” olmalı, diğer ölçütler ise cezalandırmanın son çare ve gerekli bir yaptırım olması temelinden hareket etmelidir.³¹⁰

Kanaatimizce, hakaretin suç olmaktan çıkarılması eğiliminde ileri sürülen bu iki görüşü güçlendiren üçüncü ve hatta dördüncü bir görüş tartışmaya açılabilir. Şöyle ki, hakaretin suç olmaktan çıkarılması eğilimi incelenirken hakaret suçu için öngörülen cezanın, cezanın amacıyla³¹¹ bağdaşp bağdaşmadığı incelenebilir. Bir kimseyi işlediği bir suçtan dolayı cezalandırmanın bir bütün olarak topluluk üzerindeki etkisi, o kimseyi başkalarını tekrar suç işlemekten caydırmaktır.³¹² Nitekim Beccaria da cezanın amacının, suçlunun kendi yurttaşlarına zarar vermesini ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey olmadığı görüşündedir.³¹³ Ayrıca Hegel ve Kant’a göre ceza, toplumsal hedeflere ulaşmak için

³⁰⁸ Veysel Dinler, **Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.74.

³⁰⁹ Dinler, s.74.

³¹⁰ Dinler, s.74.

³¹¹ Cezanın amacıyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Tuhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, 337-372. Fatma Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2009. Ahmet Gökçen, “Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Sistemleri”, **Ceza Hukuku Makaleleri**, Güven Yayınları, 2002 İstanbul, (Cezanın Amacı), 45-69.

³¹² John Nuttall, **Ahlak Üzerine Tartışmalar(Etiğe Giriş)**, (Çev.Abdullah Yılmaz), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2000, s.65.

³¹³ Ayrıca Beccaria’ya göre cezaların oranları ve uygulama yöntemlerinin insanların ruhları, zihinleri üzerinde kalıcı ancak suçlunun bedeni üzerinde en az iz bırakıcı şekilde seçilmelidir. Bkz. Beccaria, ss. 69-70. “Ceza başkalarına verilen zararı ortadan kaldıramaz; arabamı çalan hırsız vaktini cezaevinde geçirmek suretiyle benim uğradığım zararı telafi edemez; sonuçta sadece benim kaybıma suçlunun kaybının eklenmesidir. Görüldüğü kadarıyla sonuç, hırsızın cezalandırılmaması olması halinden sanki fiilen daha kötüdür ve ceza haklı çıkarılmamıştır. Yine de; hırsızın yaptığıın yanına kalmadığını bilmekten önemli oranda tatmin olabilirim –aslında, tatmin olmanın da ötesinde, öcünün alınması duygusu büyük bir haz verebilir. Gelgelelim, eğer bu, cezanın haklılık gerekçesi olarak kullanılırsa o zaman suç işleyenlerin cezası ancak kurbanların öç almak olarak gördükleri şeyden

bir araçtır.³¹⁴ Bentham, cezanın üç amacı olduğunu söyler. Bunlar, suçlunun suç işleme yeteneğini ortadan kaldırma (incapacitation) suçluyu ıslah etme (reformation) ve gelecekte suç işlememesi için gözdağı verme (intimidation)'dir.³¹⁵ Hangi tür cezanın haklı görülebileceği üzerindeki tartışmalar iki alternatif amaç gözetmektedir: Birincisi, bir kimsenin belli sonuçlar elde etmek üzere cezalandırılması anlamında ileriye dönük, diğeri, geçmişte yaptıkları için ödediği bedel anlamında geriye dönük olarak cezalandırılmasıdır.³¹⁶ Nuttall'a göre, geriye dönük olarak cezalandırmanın haklı olmasının iki nedeni vardır; ya failin topluma ödemesi gereken bir borcu vardır-intikama ilişkin- ya da adalet terazisinin dengeye getirilmesi için önemlidir.-bedele ilişkin-³¹⁷ İntikam açısından haklılaştırma kincilik oluşturduğu için tatmin edici olmamakta, bedel ise ters yönde giderek-suçlunun çıkarları insanlarla doğrudan ilişkisi olmayan soyut bir ideal, bir adalet kavramı uğruna kurban edildiğinden hataya düşmektedir.³¹⁸

Gerek cezanın amacı için öngörülen teoriler gerekse cezanının haklılaştırılması için öngörülen sebepler değerlendirildiğinde hakaretin suç olarak öngörülmesinin ve dolayısıyla cezalandırılmasının cezanın amacı ile bağdaştığını söyleyemeyiz.

Suç olmaktan çıkarma eğilimi yönündeki görüşlere kanaatimizce eklenmesi gereken dördüncü görüş, suçla korunan hukuki değer hakkındadır.³¹⁹ Gerçekten hakaret suçu bakımından temel sorunlardan biri, onurun ceza hukuku tarafından

zevk almaları durumunda ve o zaman bile bu zevk suçlunun neden olduğu mağduriyeti karşılayacak kadar büyükse, haklı çıkarılabilecektir. Denebilir ki, eğer cezanın haklı çıkarılması mahkum edilen suçlunun çekeceği acının suçun kurbanına(ve ötekilere) vereceği zevke göre açıklanacak olursa, o zaman çok sayıda cezalandırma örneği haklı çıkarılamayacaktır. Bu, yine de, böylesi bir haklılaştırmanın ana sorunu değildir çünkü, bir cezanın(bir tür) haklılık gerekçesini başarıyla sağladığı durumlarda bile, bunu yanlış anlamda yapar." Bkz. Nuttall, s.65.

³¹⁴ F.Doğan, s.72.

³¹⁵ Bentham, The Rationale of Punishment, s. 21, Akt. Aktaş, s.10.

³¹⁶ Nuttall, s.69.

³¹⁷ Nuttall, s.69.

³¹⁸ Ölüm cezasının bir araba hırsızı için cezaevinden çok daha etkili bir caydırıcı olduğunu farz edersek-öyle etkili olsun ki buna çarptırılmaktan araba hırsızının uğradığı zararın, araba hırsızlığının azalması açısından toplumun geri kalanına sağladığı faydaya göre önemsiz kalsın, ölüm cezası hatta işkence araba hırsızlığının cezası olarak haklı görülebilecektir. Ancak unutmamak gerekir ki, bu cezalar suçla orantılı olmadığından haklılaştırılamayacaktır. Zaten cezanın sonuçları sadece haklılaştırılmasıyla bağlantılı olarak ele alınamaz. Bkz. Nuttall, ss. 66-69.

³¹⁹ Suç ihdas etme konusunda, Alman doktrini ve Anglosakson doktrini önemli farklar içerdiği hakkında: (Alman doktrininde geliştirilen hukuksal değer kavramı (Rechtsgutstheorie) suç ihdasında meşruiyetin kabulü için yeterli görülürken, Anglofon doktrininde zarar ilkesi, saldırı ilkesi, hukuki paternalizm, hukuki ahlakçılık gibi farklı ilkelerden yararlanır.) Bkz. Dinler, s.75.

korunan bir hukuksal değer olup olmadığına ilişkindir.³²⁰ Zira, bu tür temel bazı kavramlar, bizatihi çok yüksek oranda soyut bir içeriğe sahip olduğundan, eksiksiz bir düzenlemenin konusu yapılması olanaksızlıklar içerir.³²¹ Tümüyle düzenleme olanaksızlığı, bu hukuksal değerın koru(n)ma objelerini ve onlara yönelik ihlal modellerine ilişkin ceza hukuku düzenlemelerine gidilmekle birlikte, onu tek bir hükümde düzenlemenin olanaksızlığı nedeniyle, birçok hükümle olsa dahi eksik düzenlemek, tümüyle ceza hukuku müdahalesine konu yapmak çok zor olduğu gibi, bunun yanında “*insan onuru*” hukuksal değerının içeriğini ve sınırlarını kesin olarak belirlemek de, kavram sübjektif değerlendirmelere elverişli olduğundan, diğer hukuksal değerlere oranla adeta olanaksızdır.³²² O halde, insan onurunu birçok suçta diğer hukuksal değerlerle birlikte korunan hukuksal bir değer saymak daha yerinde olacaktır.³²³ Gerçekten örneğin, işkence suçunda, eziyet suçunda ya da kasten öldürme suçunda onurun yanında başka hukuki değerler de korunmakta ve madde uygulamalarında sorun yaşanmamaktadır. Ancak hakaret suçunda, bu saydığımız suçlardan farklı olarak sadece soyut değerler korunmakta olduğundan uygulamasında sorun yaşanmaktadır. Elbette, devredilemez ve dokunulamaz bir hukuki değer olan insan onurunun gerek suç tiplerinin yaratılmasında gerek suçlar için öngörülen cezaların düzenlenmesinde dikkate alınması gereken en önemli değerlerden biri olduğu göz önünde tutulmalıdır.³²⁴ Ancak bu değer tek başına korunduğunda yaşanan sıkıntılar da göz ardı edilemez. Bu nedenle Alman hukukunda onurun, suçla korunan hukuki değer olmaması yönünde azınlıkta kalmış görüş, kanaatimizce tartışmaya açılmaya değerdir. Bu yaklaşıma göre, insan onuru soyut bir hukuksal değerdir ve ceza hukuku tarafından korunan hukuksal değer alanına dâhil değildir.³²⁵ Knobloch’un ileri sürdüğü bu görüş, örneğin adam öldürme suçlarında korunan ve kabul edilen yegâne hukuksal değer, yaşam olduğundan, işlenen suçla mağdurun onurunun da ihlal edildiği hususu ise mağdura ilişkin olup, mağdurun onuru adam öldürme suçlarında gündeme gelmez.³²⁶ Ancak kanaatimizce burada insan onuru

³²⁰ Ünver, Hukuksal Değer, s.936.

³²¹ Ünver, Hukuksal Değer, s.941.

³²² Ünver, Hukuksal Değer, s.941

³²³ Ünver, Hukuksal Değer, s.942

³²⁴ Ünver, Hukuksal Değer, s.937.

³²⁵ Ünver, Hukuksal Değer, s.939.

³²⁶ Ancak yine de, yazar ileri bölümlerde insan onurunun bağımsız ve başka bir hukuki değer olarak düşünülmektedir. Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s.939.

gündeme gelse de bu değerin yanında somut hukuki değerler de korunduğundan sorun yaşanmaz. Ancak problem, esas olarak maddede düzenlenen ve suçla korunan tüm değerlerin soyut olması durumunda ortaya çıkmaktadır. İşte, bunun tipik örneğini de hakaret suçu oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda Almanya'nın gerek yaşadığı kötü deneyimler gerekse toplum yapısı gereği, suçla korunan hukuki değer olarak insan onuru çok önemli bir yerde bulunmaktadır. Bu konuya özgürlük temelli bir yaklaşım izleyen ABD ile onur temelli bir yaklaşım izleyen Almanya'nın farklı değerler sisteminde tekrar dönülecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

ELEŞTİRİ HAKKI ve FARKLI DEĞERLER SİSTEMİ

2.1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ: TERİM VE TANIM SORUNU

Doktrinde düşün özgürlüğü,³²⁷ düşünsel özgürlük,³²⁸ düşünme hürriyeti/özgürlüğü,³²⁹ düşünce hürriyeti/özgürlüğü,³³⁰ düşünceleri açıklama hürriyeti/özgürlüğü,³³¹ düşünceyi açıklama hürriyeti/özgürlüğü,³³² ifade hürriyeti/özgürlüğü,³³³ anlatım özgürlüğü³³⁴ şeklinde adlandırılan kullanımların

³²⁷ Sami Selçuk, "Düşün Özgürlüğü", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s.293.

³²⁸ Yılmaz Aliefendioğlu, "Düşünce Özgürlüğü ya da Düşünsel Özgürlük", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, (Düşünce Özgürlüğü), s.234.

³²⁹ Faruk Erem, **Hürriyet ve Suç**, Ankara 1952, s.16.

³³⁰ Aliefendioğlu'na göre düşünce özgürlüğünün en önemli ögesi, özgürce düşünebilmek ve düşünceyi serbestçe açıklayabilmektir. Yılmaz Aliefendioğlu "Bir Temel İnsan Hakkı: Düşünce Özgürlüğü", **Yeni Türkiye Dergisi**, Yıl:4 Sayı:22, 1998, (Bir Temel İnsan Hakkı), s.804. Özlem Çakmut, "Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul 1999, s.140 vd. Kınalı'ya göre düşünce özgürlüğünden kastedilen, düşüncelerin başkalarına açıklanmasıdır. Mesut Kınalı, "Düşünce Özgürlüğü", **Yeni Türkiye Dergisi**, Yıl:4 Sayı:22, 1998, s.814. Bülent Tanör, **TCK 142.Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, Forum Yayınları, İstanbul, 1979, (Düşünce Özgürlüğü), s.7 vd. İoanna Kuçuradi, "Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, Ergun Özbudun, Adnan Güriz ve Nevzat Toroslu, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkındaki Rapor", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt:3 Sayı:1, Ocak 1995, s.3 vd.

³³¹ Ersan İlal, "Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları", Anayasa Yargısı, **Anayasa Mahkemesinin 24.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler**, Ankara 1987, s.61. Burhan Kuzu, "Düşünceleri Açıklama Hürriyeti", **Yeni Türkiye Dergisi**, Yıl:4 Sayı:22, 1998. Haberleşme hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, basın, süreli ve süresiz yayın hakkı, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, dernek kurma, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme gibi düşünce özgürlüğünün uzantıları olan özgürlükler söz konusu olduğundan düşünce özgürlüklerinden söz etmenin da2ha doğru olduğu hakkında Bkz. Erdoğan Teziç, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", **Anayasa Mahkemesi Dergisi**, Cilt:7, 1990, s.32.

³³² Hakeri, s.405 vd. Ömer Korkmaz, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.35 vd. İbrahim Şahbaz, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

³³³ Mehmet Semih Gemalmaz, "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul 1999. Sait Güran, "Özel Yaşam ve İfade Özgürlüğü", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul, 1999. Adnan Güriz, **İfade Hürriyetinin Sınırları**, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s.82. Böyle bir seçimde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Sözleşme organlarının kararlarında bu terimin (freedom of expression) kullanılması etkili olduğu kadar; ifade hürriyeti teriminin düşünme, konuşma, açıklama gibi hürriyetleri bünyesinde toplayan kapsayıcı bir terim olması da, ağırlıklı bir sebep teşkil etmektedir. Reyhan Sunay, **Avrupa Sözleşmesi ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, (Muhteva ve Sınırları) s.7. Kemal Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.1 vd.

³³⁴ Türkiye Barolar Birliği, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi", **Türkiye Barolar Birliği Yayınları**, 4. Baskı, Şen Matbaa, 2011, s.68.

çoğunun kavramın belirli fonksiyonlarına(düşünme, konuşma, tartışma) işaret etmelerinden dolayı yanlış nitelendirilemeyecek terimler olduğu ileri sürülmektedir.^{335 336} Sadece ülkemizde değil, yabancı eserlerde de terminoloji konusunda birlik olmadığı görülmektedir.³³⁷ Ancak, kanaatimizce, bu farklı kullanımlar kavramların değişik yönlerini ifade ettiğinden farklı anlamlara gelmektedir.

Bu kapsamda öncelikle karışıklıktan kurtulmak ve hangi terimin kullanılmasının isabetli olduğunun belirlenmesi için terimlerin anlamları tespit edilmelidir. Türkçe sözlükte, düşünce; uzay ve zamanın ötesinde, öznenin dışında, kendiliğinden var olan, duyularla değil, yalnızca ruhen algılanabilen asıl gerçeklik, mütalaa, fikir, ide, idea olarak tanımlanmaktadır.³³⁸ Düşünce kavramının geniş yorumlanması gerektiği, bu kavrama “*değer yargıları, yani olgulara, davranış tarzlarına ve ilişkilerine yönelik değerlendirci mütalaar*”ın girdiği ileri sürülmüştür.³³⁹ Bu bakımdan düşünceyi açıklama özgürlüğünün yalnızca bir iç alem özgürlüğü olmadığı belirtilmiştir.³⁴⁰ Ayrıca doktrinde düşünce terimine ve düşünceyi tespiti yönelik birtakım ölçütler getirilmiştir. Nitekim, düşünce olan ile düşünce olmayan ibareleri ayırmak için doktrinde süreçsellik, yanlışlanabilirlik ve özgünlük olmak üzere üç kriter ile değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁴¹ Bu bağlamda, süreçsellikten anlaşılması gereken, bireyin bilgi edinmesi, edinmiş olduğu bilgiyi muhakemeye tabi tutması ve en son olarak edindiği ve muhakemeye tabi

³³⁵ Sunay, Muhteva ve Sınırları, s.6.

³³⁶ Eleştiri hakkı ve haber verme hakkının kaynaklarından biri de basın özgürlüğüdür. Ancak, basın özgürlüğünün kapsamı ifade özgürlüğünün kapsamından daha geniş olmadığından ve basın özgürlüğünün sınırları konusunda ifade özgürlüğüne atfı yapıldığından, çalışmada basın özgürlüğü ayrıca incelenmemiştir. Nitekim AİHS m.10’da da, genel olarak ifade özgürlüğü düzenlenmekte, ayrıca basın özgürlüğünden bahsedilmemektedir.

³³⁷ Amerikan Yüksek Mahkemesi, “*freedom of speech*” veya “*freedom of expression*” terimlerini fark gözetmeksizin kullanırken, Alman Öğretisinde bu terimleri karşılamak için “*die Meinungsfreiheit*”, “*die Freiheit der AuBerung und Verbreitung von Meinungen*” ve “*Kommunikations-und Medienfreiheiten*” gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Korkmaz, s.36-37.

³³⁸ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, <http://www.tdk.gov.tr/>, (20.03.2015).

³³⁹ Türkan Yalçın Sancar, **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.195.

³⁴⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.426.

³⁴¹ İlker Tepe, “Türk Ceza Hukukunda “Eleştiri Amacıyla Yapılan Düşünce Açıklamaları” ile Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:8, 2008, s.137.

olarak ortaya koyduğu bilgiyi ortaya çıkarmasıdır.³⁴² Düşünmek kendiliğinden ortaya çıkan bir şey olmadığından ve çaba ve emek istediğinden, düşünce bu sürecin sonucudur.³⁴³ Düşünceyi, düşünce olmayandan ayırmaya yarayan ikinci kriter olan yanlışlanabilirlikten anlaşılması gereken; bir ifadenin yanlış olduğu takdirde bu yanlışlığının ortaya çıkarılabilmesidir. Bir ifadenin yanlışlanabilir olması için taşınması gereken ilk özellik ise, dilsel bir yapıda açıklanmasıdır.³⁴⁴ Nitekim bu görüşe göre, dilsel yapıda olmayan ifadeler düşünceyi simgeledikleri ve duyguyu iletebildiği halde, aksi kanıtlanabilir ya da test edilebilir olmadığından yanlışlanabilir olmayacaktır. O halde, bildirme kipindeki ifadeler düşünce olabilirken, dilek kipindeki ifadeler, düşünce olarak nitelendirilemeyecektir.³⁴⁵ Bir ifadenin düşünce olarak nitelendirilebilmesi için son kriter olarak öngörülen özgünlük, otonom düşünce sürecinin ibdailiğini ve düşüncenin haber, alıntı veya atıftan farkını ortaya koymak için öngörülmüştür.³⁴⁶ Düşüncenin tespitine yönelik birtakım ölçütler getiren bu görüş, esas olarak düşünce ile düşünce olmayanı ayırarak düşünceye yaklaşan ifadelerin daha fazla özgürlük korumasından yararlanmasını ve dolayısıyla düşünce olmaktan uzaklaşan ifadelerin özgürlük alanının daralmasını öngörmektedir.³⁴⁷

Hangi kavramın kullanılmasının isabetli olduğunu tespit etmek için incelememiz gereken ikinci terim ifadedir. Türkçe sözlükte ifade; anlatım; deyiş, söyleyiş olarak tanımlanmaktadır.³⁴⁸ Ayrıca ifade, kişinin kendini ifade etmesi ve iç duygularını bazı davranışlarla ortaya çıkarması şeklinde de tanımlanabilir.³⁴⁹ İfadeyi düşünceden ayırabilmek için iki ölçüt kullanılabilir. Şayet, dilsel bir yapıda açıklandıysa düşünceden, dilsel ya da dil dışı herhangi bir şekilde açığa vurulduysa ifadeden söz edilir. Gerçekten, ifadenin belirli bir şekilde olması gerekmez.³⁵⁰ Bu

³⁴² Tepe, s.137.

³⁴³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.227; Sancar, s.195.

³⁴⁴ Hayrettin Ökçesiz, “Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi 6**, Afa Yayınları, İstanbul, 2003, (Düşünce Özgürlüğü Üzerine), s.32.

³⁴⁵ Ökçesiz, Düşünce Özgürlüğü Üzerine, s.32.

³⁴⁶ Tepe, s.137.

³⁴⁷ Ökçesiz, Düşünce Özgürlüğü Üzerine, s.32.

³⁴⁸ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, <http://www.tdk.gov.tr/>

³⁴⁹ Leo Zwak, Kasım Karagöz, Kemal Şahin ve Murat Tümay, **İfade Özgürlüğü Ders Kitabı**, Matra, 2013, s.42.

³⁵⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi, konuşma ve davranış arasındaki ayırma çoğu zaman gitmemekte, sembolizmi düşünceleri iletmek için etkili bir yol olarak görmektedir. Bkz. Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.78.

açığa vurma; konuşma, yazı, toplantı, değişik elbiseler giyme, günlük olarak gidilen iş yerine bandaj takarak gitmek, oturma eylemi yapmak gibi değişik şekilde olabilir.³⁵¹ İkinci ölçüt olarak belirtmemiz gereken, aslında ifadenin düşünceyi kapsadığıdır. Nitekim, düşünce ve ifadeyi iki küme şeklinde düşünürsek, ifadeyi kapsayan, düşünceyi ise kapsanan bir alt küme olarak öngörebiliriz. Gerçekten, her düşünce bir ifadedir, ancak her ifade bir düşünce olmayabilir. Buna örnek olarak "sövmek" verilebilir. Zira küfretmek, sövmek bir düşünce açıklaması olamaz; ancak, bir deyiş, bir söyleyiş olduğu için ifade olarak nitelendirilebilir.

Düşünce ve ifade terimleri arasındaki ayrım ve bu terimlerin anlamları tespit edildikten sonra, birbiriyle iç içe olan,³⁵² birbirine ihtiyaç duyan ve birbirinden ayrılmadığından ikiz özgürlükler olarak nitelendirilen düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü³⁵³ kavramlarının kapsamı belirlenmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tek başına düşünce özgürlüğü terimi kullanıldığında açıklama ve ifade etme boyutu ihmal edilebildiği gibi, düşünceyi açıklama özgürlüğü denildiğinde de serbest düşünme ortamı ve haber alma özgürlüğünün gerekliliği göz ardı edilebilmektedir.³⁵⁴ Bunun sebebi, düşünce özgürlüğünden ne anlaşılması gerektiğinin doktrinde tartışmalı olmasıdır. Zira, kimi yazar, düşünce özgürlüğünü, düşüncenin açıklanmasını da içerir biçimde kapsamlı bir özgürlük olarak görmektedir. Dolayısıyla bu görüş, düşünce özgürlüğünü, insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlarından dolayı kınanamaması ve takibata uğramamasını, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte(dernek, toplantı, siyasi parti, sendika vs.) çeşitli yollardan(söz, basın, sinema, seminer, panel, tiyatro vs.) serbestçe açıklayabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilme şeklinde ya da insanın serbestçe fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerden ötürü kınanaması ve bunları bütün meşru yollardan yararlanarak dışa vurma imkan ve serbestliği olarak tanımlanmaktadır.³⁵⁵ Buna karşı olan görüşe göre, düşünce iç

³⁵¹ Ayhan Beydoğan, "Demokrasilerde İfade Hürriyeti", **Yeni Türkiye**, Sayı:4, 1999, (İfade Hürriyeti), s.821.

³⁵² Algan Hacaloğlu, "Düşünce ve İfade Özgürlüğü", **Yeni Türkiye**, Sayı:4, 1999, s.776; Duygun Yarsuvat, "Değişik Hukuk Sistemlerinde Düşünce ve Düşünceyi Açıklama Hürriyeti", **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:1, s.17.

³⁵³ Yarsuvat, s.17.

³⁵⁴ Sunay, Muhteva ve Sınırları, s.6.

³⁵⁵ Mesut Kınalı, Düşünce Özgürlüğü, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı: 22, 1999, s.814 Bu görüşe göre düşünce özgürlüğünü insanın iç dünyasıyla ilgili olan "düşünme" olgusuna indirgememek gerekir.

dünyayı ilgilendirmektedir; düşünce açıklaması dış dünyayı ilgilendirmekte ve dolayısıyla bu iki özgürlüğün birbirinden farklı olduğu ileri sürülmektedir. Üçüncü bir görüşe göre ise, “*düşünce*” ve “*düşünceyi açıklama*” özgürlüğü ayrımı pratikte bir anlam ifade etmemekte ve kavram kargaşası oluşturmaktadır.³⁵⁶ Nitekim düşünme özgürlüğü kavramının maksadı açıklamakta yetersiz kaldığı, zira düşünce ve fikre sahip olmanın serbest olmamasının dahi düşünülemeyeceği ileri sürülmüştür.³⁵⁷ Dolayısıyla kişilerin içsel alanlarında yer alan “*düşünce*”nin, hukuk alanını ilgilendiren anlamda bir eylem olmadığı belirtilmiştir.³⁵⁸ Bu görüşe göre, kişilerin içsel alanlarında kalan düşüncelerinden dolayı ne cezai ne de hukuksal bir sorumluluk doğmaz. Gerçekten, düşünce bir kere oluşuktan sonra, fakat henüz ifade ya da eylem şeklinde dışa vurulmadan önce, yani sadece psikolojik olay olarak insanın iç dünyasında kaldığı sürece hukuki yönden sorun oluşturmaz. Anayasa Mahkemesi’nin 8.4.1963 tarihli ve 1963/19-1964/86 sayılı kararı uyarınca, “*Düşünce ve kanaat hürriyeti insanlığın en tabii haklarından biridir. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir.*”³⁵⁹ “*Düşünme*” kişinin iç dünyasını ilgilendirdiğinden hukuksal alanının dışında kalmasına rağmen, demokrasinin tüm kurum ve kurallarıyla işlerlik kazanamadığı ülkelerde, “*düşünme özgürlüğü*”nin de hukuksal

Zira bu özgürlükten kastedilen düşüncelerin başkalarına açıklanmasıdır. Dolayısıyla düşünce özgürlüğü denildiği zaman, düşünceyi açıklama özgürlüğü kastedilmektedir. Bülent Tanör, **TCK 142.madde: Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul, 1979, (Düşünce Özgürlüğü).

Düşünce Özgürlüğü s.15 Özbudun/ Güriz/ Toroslu, s.3.

³⁵⁶ “İnsan hakları konusunda orta düzeyde bilgisi olanların da bileceği gibi, “düşünme” eylemi ancak bir başka insana açıklandığı zaman “*düşünce*” niteliği kazanır. Bu eylem bir başkasına açıklanmamışsa, onun “*düşünce özgürlüğü*” kapsamında hukuki bakımdan meşru görüldüğünü söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede bir insana başka bireylerle paylaşamaması koşuluyla tanınan “*düşünce özgürlüğü*”nin ahlaki ve hukuki bakımdan bir değer ifade ettiği söylenemez. Unutulmamalıdır ki, en despotik yönetimlerde bile, bireyin iç dünyasında kalan görüş ve düşüncelerin kısıtlamaya tâbi tutulması mümkün değildir. Sonuç olarak sınırlanması hiçbir şekilde söz konusu olmayan bir eylemin -düşünme eyleminin- özgürlüğünden bahsedilemeyeceğinden, “*düşünce özgürlüğü*” kavramıyla kastedilenin “*düşünceyi açıklama özgürlüğü*” olduğu rahatlıkla söylenebilir.” Hacı Ali Özhan ve Bekir Berat Özipek, **Yargıtay Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s.3

³⁵⁷ Beydoğan, Demokrasilerde İfade Hürriyeti, s.822

³⁵⁸ Bülent Hayri Acar, “Düşünceden Değil, Düşüncenin Açıklanmasından Doğan Cezasal ve Hukuksal Sorumluluk”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:22, 1999, s.835

³⁵⁹ Acar, s. 835.

alan içine sokularak müdahale edildiği görülmektedir.³⁶⁰ Ancak düşünce özgürlüğünün hangi tanımı kabul edilirse edilsin, düşünceyi açıklama özgürlüğü yoksa, düşünce özgürlüğünden söz etmek mümkün değildir.³⁶¹

Kanaatimizce, yukarıda belirtilen görüşlerden biri tercih edilmeli ve kavram kargaşasından uzak durulmalıdır. Nitekim, bir terim kullanıldığında özel ve belirli bir kavramı karşılamalı, terimden ne anlaşıldığı konusunda ayrıca açıklamaya gerek duyulmamalıdır. O halde, çalışmada düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü yerine ifade özgürlüğünün tercih edilmesinin üç sebebi vardır. Öncelikli olarak, düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü terimlerinde yukarıda bahsettiğimiz kavram karışıklığı hakîmdir. İfade özgürlüğünün tercih edilmesinin ikinci sebebi, ifadenin kapsamının düşünceden daha geniş olmasıdır. Gerçekten karşılaştırmalı hukukta düşünce niteliği olmayan bazı ifadelerin de korunması(daha doğru ifadeyle ceza hukuku yaptırımı dışında bırakılması) eğilimi dikkate alındığında ifade teriminin kullanılmasının daha isabetli olduğu görülecektir. Üçüncü sebep ise, düşünce denildiğinde dilsel olmayan ifadelerin dışlanması kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, düşüncelerin açıklanmasının yanında, ifadeye konu olabilecek tüm unsurların dışsal dünyaya aktarımına ilişkin geniş nitelikli bir özgürlük olduğundan³⁶² ve düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü terimlerindeki kargaşayı içermediğinden kanaatimizce ifade özgürlüğü terimi tercih edilmeli ve ifade özgürlüğünden, insanın serbestçe fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerden ötürü kınanamama ve bunları bütün meşru yollardan yararlanarak dışa vurma imkân ve serbestliği anlaşılmalıdır.³⁶³

İfade özgürlüğünün kapsamı her ne kadar tartışmalı olsa da; bu kapsama nelerin dâhil olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği olduğu söylenebilir. Zira; müstehcen, saldırgan, onur ve itibarı kırıcı, küçük düşürücü söz ve yazılarla, hakaret, sövme ve iftira ya da özel hayatın gizliliğini ihlal edici söz, yazı ve eylemleri

³⁶⁰ Kınalı, s. 814.

³⁶¹ Kınalı, s.819.

³⁶² Osman Can, "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?", **Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları**, Yıl:6 Sayı:24 ,Güz 2001, (Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü), s.359.

³⁶³ Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.227.

hukukun himaye etmediği belirtilmiştir.³⁶⁴ Bu baskın görüşe göre; yargı içtihatlarıyla belirlenen, kişileri ve toplumu tahkirler, tehditler, sövmeler, yalan bilgi veya haber yaymalar, içerikleri itibariyle bir fikrin açıklanması gibi görünseler de, aksine başkalarının hak alanına müdahale şeklindeki bu tür açıklamaların, ifade özgürlüğü çerçevesinde kabul edilmesi mümkün değildir.³⁶⁵ Dolayısıyla devlet tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde suç teşkil eden fikir açıklamalarının korunması da mümkün değildir. Ancak, biz çoğunluğun bu görüşüne katılmamaktayız. Zira bir ifadenin; hakaret, iftira vb. niteliğini, öncelikle kanun koyucu belirlemekte, daha sonra da bu ifadelerin içeriği yargı içtihatlarıyla şekillenmektedir. “*Hakaret*” gibi kimi ifadelerin soyut, sübjektif ve göreceli karakteri, “*suçun açık, anlaşılır ve kesin*” olması gerektiği ilkesiyle çeliştiğinden,³⁶⁶ kanaatimizce, bu kavramların içinin doldurulmasının kanun koyucuya bırakılması ve bu kavramların içinin ne şekilde doldurulduğuna bakılmaksızın her durumda hakaret, sövme vb. eylemlerin ifade özgürlüğünün dışında tutulması doğru değildir. Kaldı ki, bu kavramlar ceza hukukunda bir şekilde sınırlandırılrsa bile; propaganda ile reklamın, müstehcen ile sanat yapının, muzır ile yararlı düşüncenin, sövme ve hakaret ile mizah ve eleştirinin ayırt edilmesi çoğu zaman olanaklı ve doyurucu değildir.³⁶⁷ İşte asıl sorun, ortaya konan bir ifadenin, ifade özgürlüğü içerisinde kalıp kalmadığı ile bunları ifade özgürlüğü kapsamında kabul edersek, sınırlanması ölçütlerinin ne olacağıdır.³⁶⁸ Bir düşüncenin veya bir haberin verilmesi, muhtevası veya biçimi itibariyle, başka hak veya yararları zedeleyebileceğinden bu noktada ortaya çıkan yararlar çatışmasında menfaat ihtilafı açısından Anayasa ve kanun koyucunun bir tercihte bulunması, çatışan bu yararlardan birine üstünlük vermesi, daha doğrusu bu hak ve yararlar arasında dengeyi sağlaması gerekir.³⁶⁹

³⁶⁴ Sunay Muhteva ve Sınırları, s.11; Özbudun/ Güriz/ Toroslu, s.4; Aliefendioğlu, Bir Temel İnsan Hakkı, s.805.

³⁶⁵ Şahbaz, 16. Yazara göre, sorun, çok açık olarak şiddeti içermeyen, başkalarının hak alanlarına saldırı niteliği taşımayan düşünce açıklamalarının cezai yaptırımında ölçünün ne olacağıdır.

³⁶⁶ Özhan ve Özipek, s.3.

³⁶⁷ Tekin Akıllıoğlu, "Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri", **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu**, TODAİ Yayınları, Ankara, 1992, s.26.

³⁶⁸ Şahbaz, s.16.

³⁶⁹ Erman, s.14.

2.2. ELEŞTİRİ HAKKI

Eleştiri hakkı kaynağını ifade özgürlüğünde bulmaktadır. Gerçekten, gerek ceza, gerekse medeni hukuk yargılamalarında ifade özgürlüğünün bir görünümü olarak eleştiri hakkı yer almaktadır. Dolayısıyla aslında eleştiri hakkından kastedilen şey, özgürlük korumasından yararlanan ifadelerdir.³⁷⁰ Ülkemizde doktrinde ve uygulamada hem haksız fiil hem de ceza davalarında suç ya da haksız fiil oluşturmayan beyan için “*eleştiri hakkı*” terimi tercih edilmiştir. AİHM kararlarında ise, eleştiri, ifade özgürlüğünden ayrı bir hak ya da özgürlük olarak görülmemektedir. Kararlarda sıklıkla “*kabul edilebilir eleştiri*” ibaresi yer almakta ve bu durumda kullanılan ifade, özgürlük korumasından yararlanmaktadır.³⁷¹

Türkçe sözlükte eleştiri, “*Bir insanı, bir eseri, bir konuyu doğru ve yanlış yanlarını bulup göstermek amacıyla inceleme işi, tenkit*” olarak tanımlanmaktadır.³⁷² Eleştiri, herhangi bir konuda değer hükmü vermek anlamına gelmektedir.³⁷³ Eleştiri hakkını kullanırken kişi, çeşitli olayları açıklamakta yetinmemekte, hadiseler ve bunlar içinde adı geçen kimselerin tutum ve davranışları hakkında değerlendirmeler yapmaktadır.³⁷⁴ Dolayısıyla eleştiri; akademik, siyasi, sanatsal, ticari vb. şekillerde ve farklı araçlarla yapılabilmektedir. Eleştirinin hangi yolla ve nasıl yapılacağı ile kaç çeşit olduğu hususu tahdidi olarak sayılamaz. Nitekim Anayasa m.26’da “*herkes...yazı, resim ile veya başka yollarla*” denilmek suretiyle aktarmanın farklı şekillerde yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar eleştiri hakkının ortaya çıkışı siyaset temelli olsa da, günümüzde bu anlayış değişerek eleştiri hakkının kapsamı genişlemiş ve kullanım şekilleri yaygınlaşmıştır. Nitekim bu gelişme ve değişim elzemdir de. Zira, çoğu zaman, basit hayat sorunları kişileri siyasetten daha fazla meşgul etmeye başlamış ve dolayısıyla ifade özgürlüğü kişi

³⁷⁰ Eleştiri hakkının kaynağı olan ifade özgürlüğü bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁷¹ “*Kabul edilebilir eleştiri*” kavramına yer vererek kendisinden sonrasında çok sayıda karara ışık tutan AİHM kararı için Bkz. Lingens v. Avusturya, Başvuru No.9815/82, parag.46.

³⁷² Türkçe sözlükte eleştirinin ikinci anlamı, “*Bir edebiyat veya sanat eserini her yönüyle değerlendiren ve anlaşılmasını sağlamak amacıyla yazılan yazı türü, tenkit, kritik*” şeklinde; üçüncü anlamı ise “*Özellikle bilginin temellerini ve doğruluk durumunu inceleme, sınama, yargılama*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55b9d63b5e58e0.62812763](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55b9d63b5e58e0.62812763http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55b9d63b5e58e0.62812763) (04.04.2015).

³⁷³ Gölcüklü, s.7.

³⁷⁴ Artuk ve diğerleri, Genel Hükümler, s.433.

yaşamını ilgilendiren ve beyin ürünü olan tüm faaliyetleri kapsamaya başlamıştır.³⁷⁵ Dar anlamda siyasette başlayan eleştiri bugün hayatın her alanına yayılarak genişlemiştir. Ancak bu hak ya da özgürlüğün kişiler arası yatay ilişkilerden ziyade dikey ilişkilerde sorunlar çıkarması tarihsel süreçte değişmemiştir. Dolayısıyla; örneğin, memurun müdürünü, öğrencinin öğretmenini, işçinin işvereni, sanığın hâkimi, sıradan bir vatandaşın kamu görevlisini ya da cumhurbaşkanını eleştirdiğinde bu hakkın kapsamı özellikle önemli olmaktadır.

Eleştiri hakkıyla ilgili olarak karşımıza çıkan temel sorun, hangi ifadelerin eleştiri sınırları içerisinde kalıp ifade özgürlüğünden yararlanacağı ve hangilerinin suç oluşturacağıdır. 765 sayılı TCK döneminde “*tahkir ve tezyif*” ile “*eleştiri*”nin, günümüzde ise “*kişinin onur, şeref, saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut fiil ya da olgu isnadı veya sövme*” ile “*eleştiri*”nin arasındaki sınırı, özellikle mahkemeler tarafından bulanıklaştırılması ya da eleştiri aleyhine olacak şekilde daraltılması, bu maddeyi özgürlüğe yönelik ciddi bir tehdit haline kolayca getirebilir.³⁷⁶ Dolayısıyla bir hususun hakaret niteliği taşıyıp taşımadığının tayin ve takdirinin büyük önem taşıdığını gözden uzak tutmamak ve siyasal, bilimsel, edebi ya da sanatsal eleştiri ile hakaretin sınırlarını titizlikle ayırmak gerekmektedir.³⁷⁷ Ancak bu soruna ve sorunu çözmeye yönelik önerilere değinmeden önce önemle belirtmek gerekir ki, eleştiri ve suç oluşturan beyan arasındaki bu ayrım, ifade özgürlüğünün tabi olacağı hukuksal rejim ve sistemin demokratikliği ile doğrudan ilişkilidir.³⁷⁸ Nitekim, demokratik devletlerde eleştirinin kapsamı daha geniş yorumlanmaktayken otoriter devletlerde suç oluşturan beyanın sınırı daha geniş anlaşılmaktadır.³⁷⁹

³⁷⁵ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.77.

³⁷⁶ Sancar, s.211.

³⁷⁷ Dönmezer, s.274. İfade özgürlüğünün ve onun bir kullanım şekli olarak ele alınan eleştiri hakkının sınırları, esas olarak yargısal yorumla somutlaşır ve belirginleşir. Zira, ifade özgürlüğü ile eleştiri hakkının etkisi hukuk koyma aşamasında bitmez, hukukun uygulanma sürecine de uzanır. Bir hukuksal uyumsuzluğun düşünce özgürlüğü ile ilgili, bu özgürlüğü sınırlayan veya somut olayda böyle bir etki yapmaya elverişli normlara göre karara bağlanması söz konusu olduğunda, yorum konusu yönlendirici bir tarzda karşımıza çıkmaktadır. Sancar, s.213.

³⁷⁸ Seher Kırbaç Caniklioglu, “İfade Özgürlüğü Nedir? Eleştiri Hakkı ile İlişkisi Nasıl Kurulur?”, <http://www.bianet.org/biamag/biamag/148053-ifade-ozgurlugu-nedir-elestiri-hakki-ile-iliskisi-nasil-kurulur>, (18.04.2015); Sancar, s.211.

³⁷⁹ Artuk ve diğerleri, Genel Hükümler, s.433. Örneğin, Fransa’da özellikle sanat eserlerinin eleştirisi yönünden çok geniş bir ifade özgürlüğünden söz edilir: Bir eserin amaçlarına ulaşmak bakımından çok aşağı düzeyde olduğunu ve en kaba fikri sabitleri kullandığını, bir televizyon oyununda eserin

2.3. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE ELEŞTİRİ HAKKININ KURAMSAL DAYANAKLARI VE İŞLEVİ ÜZERİNE

Tarih, resmi gerçeklere itiraz eden ya da olayları eleştiren ve sadece bu yüzden yargılanan, hatta idam edilen ve sonrasında haklı olduğu anlaşılan kişilere tanıklık yapmıştır. Dolayısıyla, kişinin görüşü ne olursa olsun eleştiri hakkı demokrasinin ve özgürlüğün temelidir.

Eleştiri hakkı özellikle kamu görevlilerinin ve politikalarının eleştirilmesi söz konusu olduğunda daha da büyük önem kazanmaktadır.³⁸⁰ Zira demokratik bir toplumda, ifade özgürlüğü, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü şeyi açığa vurma özgürlüğüdür.³⁸¹ Gerçekten, yöneticileri veya resmi politikayı eleştirme konusunda engelleme olduğu takdirde ona sert bir şekilde karşı çıkanlar, görüşlerini ifade edemedikleri için kendi amaçlarını gerçekleştirmenin en iyi yolu olarak şiddet kullanmayı görmektedir.³⁸² Ayrıca insanlar çok sayıda sesi ve görüşü duymayı ve göz önünde bulundurmayı isteyen bir iktidara daha büyük bir güven ve saygı duyarken; yönetimi akıldışı, keyfi ve kapalı görürlerse genelde iktidara ve sonrasında hukuk düzenine olan saygı azalacaktır.³⁸³ Dolayısıyla yasalaşma sürecine itiraz etme hakkına sahip olan birey, bu yapım aşamasına kendisini katılmış hissedeceğinden kanunlara daha fazla uyma eğilimi gösterecektir.³⁸⁴ Yani ifade özgürlüğü kişilerin kendilerini gerçekleştirmesi bakımından önemli olduğu kadar kamu hayatının demokratik olarak şekillendirilmesi bakımından da önemlidir.³⁸⁵ İfade özgürlüğünün asıl değeri ve işlevi, her türlü düşüncenin özellikle de genel kabul edilen görüşlerden farklı olarak *muhalif* veya *aykırı* düşüncelerin güvenceli bir şekilde kamu hayatına yansımada önemini göstermektedir.³⁸⁶ Huzurlu ve güvenli bir toplum hayatı, ancak düşüncelerin doğru-

memleketin fikri ve ahlaki düzeyini düşürmekten başka bir şeye yaramadığını ifade etmek hakaret sayılmamıştır. Bkz. Dönmezer, s.276.

³⁸⁰ Sancar, s.211

³⁸¹ Vahit Bıçak, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, s.19.

³⁸² Sancar, s.212.

³⁸³ Sancar, s.212.

³⁸⁴ Sancar, s.212.

³⁸⁵ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Orion Kitapevi, Ankara, 2011, (Anayasa Hukuku), s.221.

³⁸⁶ Erdoğan, Anayasa Hukuku, s.221.

yanlış, iyi-kötü vb ayrımlar yapılmadan açıklanmasıyla sağlanabilir³⁸⁷. Gerçekten; nerede özgürlük varsa orada, renk, çeşit, başkalık, farklılık, yenilik ve ilerilik vardır.³⁸⁸

İfade özgürlüğünün esas olarak iktidara yönelik eleştirilerin özel olarak korunması ihtiyacından doğduğunu unutmamak gerekmektedir.³⁸⁹ Özellikle çoğulcu ve halkın siyasal yönetime doğrudan katıldığı demokratik rejimde eleştiri hakkı özgürlüğün vazgeçilemeyecek bir unsurdur.³⁹⁰ Toplum içinde ne kadar kabul gördüğünden bağımsız olarak, konunun değerlendirilmesi ve eleştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmış olabilir.³⁹¹ Gerçekten, eleştiriden muaf alanlar ne kadar çoksa, ifade özgürlüğü ve demokrasi o kadar azdır; zira bunlar birbirleriyle ters orantılıdır.³⁹²

İfade özgürlüğünün hiç mübalağasız bir şekilde, manevi nitelikli kişi hak ve hürriyetlerinin en önemlisi, hepsinin ana-kaynağı konumunda olduğu ifade edilmiştir.³⁹³ Bu sebeple; ifade özgürlüğünün kuramsal dayanağı yüzyıllardır kullanılan birçok farklı tezle gerekçelendirilmiştir. Genel olarak tasnifleyecek olursak, ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin olarak klasik üç kuram bulunmaktadır. Bunlar; Düşünce Pazarı Kuramı(Theory of Marketplace of Ideas), İnsan Onuru ve Kendini Gerçekleştirme Kuramı(Theory of Human Dignity and Self-Fulfillment) ve Demokratik Yönetim Kuramı(Theory of The Democratic Self Governance).³⁹⁴

İfade özgürlüğünün bütün bu dayanaklar içerisinde, ağırlıklı ve en devamlı olanı ifade özgürlüğünün gerçeğin keşfine yol açması sebebiyle özellikle değerli olduğu tezidir.³⁹⁵ Gerçekliğe dayanan bu tezin ilk kapsamlı savunması Milton'un Areopagitaca'sında yapılmış ve büyük ölçüde, siyasi iktidarın yayınlar üzerinde kısıtlamasının olmaması halinde, bunun toplumun doğruyu bulmasına ve yanlış

³⁸⁷ Şükrü Karatepe, **Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s.353.

³⁸⁸ Atilla Özer, **Anayasa Hukuku Genel İlkeler**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s.93.

³⁸⁹ Sancar, s.213.

³⁹⁰ Gölcüklü, s.7.

³⁹¹ Sancar, s.211. Seher Kırbaç Caniklioğlu, "İfade Özgürlüğü Nedir? Eleştiri Hakkı ile İlişkisi Nasıl Kurulur?", (29.06.2015), <http://www.bianet.org/biamag/biamag/148053-ifade-ozgurlugu-nedir-elestiri-hakki-ile-iliskisi-nasil-kurulur>, (18.04.2015).

³⁹² Sancar, s.211.

³⁹³ Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitapevi, İstanbul, 1969, (Siyasi Düşünce Hürriyeti), s.5.

³⁹⁴ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.55.

³⁹⁵ Schauer, s.21.

reddetmesine imkân tanıyacağı öncülüne dayanmıştır.³⁹⁶ Daha sonra Mill tarafından, bilginin arttırılması ve gerçeğin keşfinin en temel araçlarından biri olan belirtilen ifade özgürlüğü, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da düşünce pazarı/fikirlerin pazaryeri argümanı çerçevesinde temellendirilmiştir.³⁹⁷ Bu tez, açık tartışmanın, fikirlerin serbestçe alışverişinin, araştırma özgürlüğünün ve eleştirme özgürlüğünün gerçeğin araştırılması sürecinin etkin olarak işlemesi için elzem şartlar olduğudur.³⁹⁸ Mill'in ifade özgürlüğü için iki gerekçe sunduğu söylenebilir: İfade özgürlüğünün gerçeğin ortaya çıkmasının en önemli aracı olması ve özgürlüğün farklılığı gerektirmesi ve insanlığın gelişmesini olanaklı kılmasıdır.³⁹⁹ Mill, yanlış olduğu düşüncesiyle yasaklanan görüşün doğru olduğunun ortaya çıkabileceğini ve baskı altına alınan yanlışın “gerçeğin bir kısmı”nı içerebileceğini, sonuçta doğrunun yanlışın yerini alma ihtimalinin artırabileceğini öne sürmüştür.⁴⁰⁰

Daha sonra; Holmes, Brandeis, Frankfurten ve Hand gibi ABD Anayasasının Ek 1. Maddesinin teorik temellerinin biçimlendirilmesinde etkili olmuştur.⁴⁰¹ Holmes, “gerçekliğin en iyi testinin, düşüncenin piyasa rekabeti içinde kendisini kabul ettirme gücü” olduğunu ileri sürerken; Frankfurter, “uygarlık tarihinin büyük bir oranda, bir zamanlar resmi doğrular olarak hüküm süren yanlışların, sonraları birer birer başka gerçekleri doğuracak şekilde yanlışların yerini almasından ibaret olduğunu ve bu yüzden de, hangi resmi gerçeklere(orthodoxies) itiraz ediyor olursa olsun, insanın gerçeği araştırma özgürlüğünün engellenmemesi gerektiğini” gözlemlemiştir.⁴⁰²

Düşünce pazarı felsefesinde doğrunun bulunması için yanlışın da ortada olması gerektiği ve doğrunun kendisini gösterebilmesi için temel koşulun yanlış olanın tanımlanmasına ve görülmesine bağlı bulunduğu anlatılır; Karanlık, ışığın olmaması demekse, karanlığı bilmeliyiz.⁴⁰³ Nitekim aydınlığı kavrayabilmek ve ışığı anlamlandırabilmek ancak karanlığı görmekle mümkündür. Gerçekten yeryüzünün her yerini, sürekli olarak aynı oranda, sınırsız ısıtan bir kaynağa sahip olsaydık

³⁹⁶ Schauer, s.21.

³⁹⁷ Şahin, s.238.

³⁹⁸ Schauer, s.21.

³⁹⁹ Şahin, s.241.

⁴⁰⁰ Schauer, s.22.

⁴⁰¹ Schauer, s.22.

⁴⁰² Schauer, s.22.

⁴⁰³ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.20 vd.

karanlığı nasıl bilebilirdik? Yanlış olmadan doğruyu, kötü olmadan iyiyi, haksız olmadan haklıyı nasıl ayırt ederdik?

“Gerçekliğe dayanan tezin daha zayıf ve yanlışlanabilir bir formülasyonu bile, hatırı sayılır oranda geniş temeli bulunan bir yetkiyi öngörür, çünkü bu tez, bir kural olarak, daha çok bizim yararımıza olduğu belirlenen hataların, zararımıza olanlara üstün geleceğini kabul edilmektedir”.⁴⁰⁴

Özgürlükleri ve doğruyu arz talep meselesi olarak görüp, iyi bir yönetimin yanlış önlemek olduğundan bu düşüncüyü eleştiren felsefeler de vardır. Bu anlayışta sorun, herhangi bir yasaklama ya da içerik sorunu değil, içeriği kimin ve nasıl belirleyeceğine ilişkin yetkisel ya da usuli bir sorundur.⁴⁰⁵ Kuşkusuz bu sorun, demokratik olarak seçilmiş temsilciler aracılığı ile ve demokratik yollarla gibi yanıtla geçirilemez.⁴⁰⁶ Belki de sorun, kimin neyi neden yanlış olarak kabul edeceği ve yasaklayacağına ilişkin değil de bir yöntem sorunudur.⁴⁰⁷

2.4. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANAYASADA DÜZENLENİŞİ

2.4.1. Önceki Anayasalardaki Düzenlemeler

2.4.1.1. 1876 Kanun-i Esasi'nde, 1921 ve 1924 Anayasalarındaki Düzenlemeler

1876 Anayasasının 12. maddesinde *"Matbuat kanun dairesinde serbesttir."* şeklinde matbuat yani basın özgürlüğü düzenlenmesine rağmen ifade özgürlüğüne ilişkin herhangi bir kayıt yer almamıştır.⁴⁰⁸ Yine benzer şekilde, 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununda da ifade özgürlüğüne ilişkin doğrudan bir hüküm yer almamıştır.

⁴⁰⁴ Schauer, s.96.

⁴⁰⁵ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.46.

⁴⁰⁶ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.46.

⁴⁰⁷ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.46.

⁴⁰⁸ Bunun sebebi, *"Herkes kaalen ve kalem beyanı efkarda azadedir..."* hükmünü getiren, Mithat Paşa Tasarısının 46.maddesinin anayasa koyucu tarafından üstü çizilerek metin dışı bırakılmasıdır. Bkz. İlal, s.62 *"Herkes kaalen ve kalem beyanı efkarda azadedir..."* hükmüne 1909 değişikliğinde *"hiçbir vesile ile kablet tab teftiş ve muayeneye tâbi tutulamaz"* hükmü ilave edilerek bu hüküm ile sansür yasaklanmıştır. Kemal Gözler, Kanun-u Esasi, www.anayasa.gen.tr/kanunuesasi.htm, (27.04.2015). Ancak 1876 Anayasasının 12.maddesi her ne denli basın yasalar çerçevesinde hürdür hükmünü getirmişse de aynı Anayasanın 113.maddesi sultana gerekli gördüğünde sıkı yönetim ilan etme ve devlet güvenliği bakımından zararlı görebileceği kimseleri yurtdışına sürgün etme yetkisini de

1924 Anayasasının 70.maddesinde ise, *"Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülkedinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarındandır."* şeklinde, diğer farklı özgürlüklerle beraber, tarihimizde ilk kez düşünce özgürlüğü Anayasada açıkça düzenlenmiştir. Burada dikkat çeken hususlardan biri, düşünce özgürlüğünden ayrı olarak söz özgürlüğünün de düzenlenmiş olmasıdır. Ancak bu düzenleme yeterli olmamış, 1924 Anayasası döneminden 1960 yılına kadar Türkiye'de düşünce özgürlüğü gerek tek partili gerekse çok partili rejimde gelişmeci bir çizgiden çok inişli çıkışlı evreler geçirmiştir.⁴⁰⁹ Yine de 1960 Askeri Müdahalesi ile iktidarı ele geçiren Milli Birlik Komitesi çıkardığı 1 sayılı Kanunla 1924 Anayasasının birçok maddesini yürürlükten kaldırdığı halde Beşinci Bölümde yer alan *"Türklerin Kamu Hakları"*nı, bu arada düşünce ve söz hürriyetlerini, aynen muhafaza etmiştir.⁴¹⁰

2.4.1.2. 1961 Anayasasındaki Düzenleme

1961 Anayasasının 20.maddesinde düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü *"düşünce hürriyeti"* kenar başlığında tek bir maddede düzenlenmiştir. Buna göre; *"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz."* Osmanlı yurttaşlarına düşüncelerini açıklama olanağı vermeyen, ama özellikle emperyalist ülke ideolojilerine basında güvence tanıyan bir <içeriksiz özgürlük> düzenlemesinin Anayasa Mahkemesini temel özgürlük güvencesi olarak getiren 1961 Anayasası döneminde de değişik ama daha belirgin bir biçimde sürdüğünü ileri sürenlere⁴¹¹

vermektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Nurşen Mazıcı, "1930'a kadar Basının Durumu ve 1931 Matbuat Kanunu", *Atatürk Yolu Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü*, Cilt:5, Sayı:18, 2001, s.135.

⁴⁰⁹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.202.

⁴¹⁰ Arif Payaslıoğlu, "Anayasalarımızda Düşünce Özgürlüğü", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Cilt:21, Sayı:202, 1997, s.3.

⁴¹¹ İlal, s.63 İlal'e göre, 1961 Anayasasında düşünceyi açıklama özgürlüğünün sağlıklı biçimde güvence altına alınmasını engelleyen temel yanlış düşünce hürriyeti kavramının Türk Anayasa Hukukuna yerleşmesidir.

karşı düşünce özgürlüğü açısından asıl ilerlemenin 1961 Anayasasının getirdiği özgürlükçü düzenle sağlandığı belirtilmiştir.⁴¹²

Düşünce özgürlüğünü ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 20. maddesinde herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Peki bu düzenlemeye göre düşünce özgürlüğü sınırsız bir şekilde mi algılanmakta ve uygulanmaktaydı? Diğer bir deyişle, 1961 Anayasası döneminde düşünce özgürlüğünün bir sınırı var mıydı? O dönemde doktrinde düşünce özgürlüğünün "*sınırlı düşünce özgürlüğü*" ve "*sınırsız düşünce özgürlüğü*" şeklinde iki görüş bulunmaktaydı.⁴¹³ Nitekim Anayasada "*temel hakların özü*" kenar başlığında "*Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.*" düzenlemesi yer almaktaydı. Bu hüküm, öze dokunma yasağı öngören bir içeriğe sahip olduğu şeklinde yorumlandığında bunun bir sınırlama maddesi olmadığı ileri sürülmüştür, buna karşın bu hüküm dolaylı olarak hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle sınırlandırabileceğini gösteren bir madde olarak anlaşıldığında ise, Anayasanın tanıdığı özgürlükler için genel sınırlama maddesi olduğu belirtilmiştir.⁴¹⁴ Sınırsız düşünce özgürlüğü görüşünü benimseyenlere göre,⁴¹⁵ hak ve özgürlükler ancak ilgili maddelerinde gösterilen nedenlerle sınırlandırabileceğinden 20. madde sınırlama dışında kalmalıydı; nitekim düşünce özgürlüğünün içeriği de buna elverişli değildi, buna karşın sınırlı düşünce özgürlüğünü benimseyen yazarlar,⁴¹⁶ 11. maddenin bir genel sınırlama hükmü olarak "*düşünce özgürlüğü*"ne de uygulanabileceğini

⁴¹² Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.202.

⁴¹³ Tanör, Düşünce Özgürlüğü, s.99.

⁴¹⁴ İbrahim Kaboğlu, "Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)", **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, Cilt:15, 1993.

⁴¹⁵ Sınırsız düşünce özgürlüğünü savunanlara göre 11.madde genel bir sınırlama nedeni olamaz, zira bu madde bütün özgürlüklerin sınırlandırılabilir nitelikli özgürlükler olduklarını belirtmek için konmuşsa, özgürlüklerle ilgili her maddede o özgürlüğün sınırlandırabileceğinden ayrı ayrı söz etmeye ne gerek vardı? Bkz. Akın, s.151.

⁴¹⁶ Sınırlı düşünce özgürlüğünü benimseyen yazarlara göre(Kubalı, Tunaya, Kapani, Okandan, Giritli, Aldıkaçtı, Aksoy), Anayasamız komünist, faşist, ırkçı, saltanatçı, hilafetçi, şeriatçı, bölücü ve bölgeci, anti-laik düşünce ve kanaatlerin yayılması, savunulması, telkin ve tavsiyesi propagandası yasaklanmış, ayrıca Anayasa Mahkemesi de "*Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun*"un 1.maddesinin A ve B bentleriyle ilgili kararında düşünce özgürlüğünün Anayasamız çerçevesinde sınırlı bulunduğunu benimseyerek Anayasanın başlangıcında bulunan "*insan huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dahil bulunduğunu kabule imkan tasavvur olunamaz.*" görüşünü ileri sürerek, açık bir şekilde düşünce özgürlüğünün sınırları bulunduğunu kabul etmiştir. Bkz. Akın, s.150.

savunmaktaydı.⁴¹⁷ Gerek 11.maddenin ikinci fıkrasında gerek her hak ve özgürlük maddesinde sınırlama nedenlerinin ayrı ayrı belirtilmesi hemen hemen yirmi yıl doktrinde süren kısır ve verimsiz "özel-genel" tartışmasının ötesinde de sakıncaları beraberinde getirmiştir.⁴¹⁸ Zira, belirli bir zamanın ve belirli koşulların zorlamasıyla belli sınırlama sebeplerinin hak ve özgürlüklerle ilgili maddelere rastgele serpiştirilmesi, dikkatleri, her hakkın güvence altına aldığı somut yaşam ilişkilerinden soyut nitelikteki sınırlama sebeplerine çevirmiş ve sınırlama özgürlük ikiliğinde bundan zararlı çıkan "özgürlük" olmuş ve dolayısıyla düşünce özgürlüğü gibi hiç bir sınırlama hükmü içermeyen hak maddelerinde ise Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun getirdiği hemen hemen her türlü sınırlamayı anayasaya uygun bulmuştur.⁴¹⁹

2.4.2. 1982 Anayasasındaki Düzenleme

2.4.2.1. Genel Olarak

1982 Anayasasında ise "*düşünce özgürlüğü*" ve "*düşünceyi açıklama özgürlüğü*" ayrı iki maddede düzenlenmiştir.⁴²⁰ Düzenlemelerin içeriğine geçmeden

⁴¹⁷ Anayasa Mahkemesi de "*genel sınırlama*" görüşüne katıldığından şu görüşü savunmuştur: "... Esasen kanaat besleme kişinin iç alemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki... bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır." 8.4.1963 E. 1963/17, K. 1963/84. Aynı doğrultuda diğer karar için Bkz. E. 1963/16, K. 1963/83, S.4.1963 günlü karar, AYMKD, Sayı 1, s. 199. Ayrıca Bkz. 29.5.1964 tarih ve E. 1963/173, K. 1965/40 sayılı kararı. Kaboğlu, <http://www.ibrahimkaboglu.com/tr/BilimselDetay.aspx?ID=57>

⁴¹⁸ Mehmet Turhan, "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 4, 1988, s.93.

⁴¹⁹ Turhan s.93.

⁴²⁰ Özgürlüğün iki ayrı maddede düzenlenmesinin Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü'nün açıklamaları şu şekildedir: "*Komisyon sizlere sunduğu Anayasa Tasarısında düşünce ve kanaat hürriyeti ile, 'bu düşünceyi açık ama ve yayma hürriyetini ayrı maddelerde ele al mıştır. (Bunun sebebi şudur: Her ne kadar düşün ce ve kanaat hürriyeti ile, düşünce'yi açıklama ve yayma hürriyeti birbirine bağh -iki hürriyet ise de gerek bunların niteliği, 'gerek korunmaları için öngörülen tedbirler yek diğerinden farklıdır. Şöyle, düşünce ve kanaat hürriyeti demek; kişinin istediği düşünce ve kanaate sahip olması demektir. Bunun korunması için öngörülele müeyyide, tedbir kimsenin düşünce ve kanaatini açıklamaya zorlanamaması, hangi kanaattedir onu öğrenmek için o kişi üstünde hiçbir surette zor kullanılamayacaktır.(Diğeri de o kişinin hangi kanaatte, hangi düşüncede olduğunun bilinmesi halinde bu düşüncesi sebebiyle kınanıp, suçlanamayacağıdır, yani sen şu düşüncedesin, şu kanaattesin, onun için seni suçluyoruz, yahut kınıyoruz veyahut devlet memuriyetine almıyoruz veyahut şu işi sana teslim etmiyoruz denile-, miyecektir. Düşünce ve kanaati sebebiyle hiç kimsenin kınanamaması ve suçlanamaması. Bu işte kişinin serbest düşünce sahibi olması, serbest kanaat sahibi olması ve bu düşünce ve kanaatlerin korunması için öngörülen tedbirlerdir. ıBuna karşılık düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bu*

önce bu özgürlüğün farklı maddelerde düzenlenişinin yerindeliği üzerinde durulmalıdır. Zira bu konu, doktrinde de tartışmalıdır. İfade özgürlüğünün ayrı maddelerde düzenlenmesinde, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüklerinin, nitelikleri ve sonuçları bakımından farklılık arz etmesinin⁴²¹ ve bu dönemde Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan kararların etkili olduğu görülmektedir.⁴²² Bir görüşe göre, bu özgürlüğün düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmesi, düşüncelerin daha kolay sınırlandırılmasına imkan vermekte ve düşünceleri açıklama özgürlüğünün dokunulmaz özünü düşünmek olgusuna indirgemektedir.⁴²³ Ayrıca ifade özgürlüğü farklı niteliklere sahip iki ayrı süreç şeklinde ele alındığı zaman, unsurları arasında bütünlük sağlanamayacağı ve birbiriyle bağlantısı olmayan parçalara ayrılmasının mümkün olabileceği ileri sürülmüştür.⁴²⁴ Dolayısıyla bu özgürlüğün, ifadenin serbestçe oluşumunu da içine alacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁴²⁵ Fakat yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere ve katıldığımız görüşe göre, özgürlük insanın iç dünyasında kaldığı sürece zaten hukukun dışındadır.⁴²⁶

düşünce ve kanaat hürriyetinin bir uzantısı niteliğindedir; ama ondan farklıdır. Sahip olunan düşünce' sebebiyle suçlanamama, kınanamama veyahut ikisinin düşüncesinin öğrenilme sebebiyle onun zorlanamaması farklıdır, düşünceyi yaydığı zaman kullandığı hürriyet farklıdır. Onun için Komisyon bu iki maddeyi birbirinden, iki hürriyeti birbirinden ayrı iki madde halinde düzenlemeyi uygun görmüştür." Bkz. Danışma Meclisi Tutanağı, 21.8.1982, B:132 O:1 http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c008/b132/dm_020081320273.pdf, (10.05.2015).

⁴²¹ Madde gerekçesi.

⁴²² Sunay, Muhteva ve Sınırları, s.31.

⁴²³ İlal, s.64.

⁴²⁴ Sunay, Muhteva ve Sınırları, s.31. Karşı Görüş: "Her iki olgunun ayrı maddelerde düzenlenmesi onlar arasında bir ilişkinin olmadığı anlamına da gelmemektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, düşünce özgürlüğünün, düşünceyi açıklama özgürlüğünün temelini oluşturduğudur. Çünkü bireyin düşüncelerini özgürce oluşturması ve ona sorunsuz ve endişesizce bağlanabilmesi/savunabilmesi, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ön şartıdır." Can, Neler Değiştirdi?, s.361.

⁴²⁵ "Nitekim Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği anten hakkıyla ilgili kararda, önceki içtihadından farklı bir anlayışı benimsediğini ortaya koymuştur. Söz konusu kararında Mahkeme düşüncelerin serbestçe oluşumunun, ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu belirtmiş ve düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için tek yönlü etkilemelerden, koşullandırmalardan kaçınılması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkemenin bu yöndeki yorumu, düşüncelerin tek yönlü etkilemelerle kişinin iç aleminde de yönlendirilebileceğinin ve bu sebeple mutlak ve sınırsız olmadığının kabul edildiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla her ne kadar 25. ve 26.maddelerin gerekçeleri ortada ise de ifade hürriyetinin asıl anlamını kazanabilmesi, her şeyden önce onun tüm unsurlarıyla birlikte ele alınıp yorumlanmasına bağlı bulunmaktadır." Sunay, Muhteva ve Sınırları, s.32.

⁴²⁶ Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları-Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.16.

Anayasanın 25. maddesinde düşünce ve kanaat özgürlüğü başlığı altında *"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."* hükmü düzenlenmiştir.⁴²⁷ Temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasını düzenleyen 15. maddenin birinci fıkrası, *"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir."* düzenlemesini getirmiş, ancak ikinci fıkrası *"düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz"* demek suretiyle olağanüstü koşullarda dahi bu özgürlüğe dokunulamayacağını düzenlemiştir. Ayrıca Anayasanın 14. maddesi sebebiyle de bu özgürlüğün sınırlandırılması mümkün değildir. Anayasanın 13. maddesinde belirtilen yasayla düzenlemelerin Anayasa aykırı olması düşünülemeyeceğinden, bu konuda herhangi bir yasal düzenlemede bulunulmasına gerek olmadan, Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması gerekir.⁴²⁸ Peki düşünce özgürlüğünün bu şekilde Anayasada düzenlenmesi yerinde midir? Eğer yerindeyse düşünce özgürlüğünün düşünceyi açıklama özgürlüğünden ayrı bir maddede ele alınması isabetli midir? Anayasanın 25. maddesindeki *"Herkes düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahiptir."* kuralının bireyin iç dünyasına dönük bir özgürlük olarak algılanması durumunda pratik bir anlamı olmayacaktır.⁴²⁹ Kaldı ki, sınırlandırma olanağı olmayan kişiye özgü doğal düşünme olgusunun da çok fazla bir değeri yoktur.⁴³⁰ Bu sebeple, gerek düşünce özgürlüğünün ayrı maddede düzenlenmesini gerekse de ifade özgürlüğünün düşünce özgürlüğünü de kapsar şekilde geniş bir şekilde anlaşılmasını doğru bulmamaktayız.

⁴²⁷ Anayasanın 25.maddesinin gerekçesi şu şekildedir: *"Bu maddedeki şekliyle düşünce ve kanaat hürriyeti kişinin düşünce ve kanaatlerinde tamamen hür olduğu; bunları açıklamaya zorlanamayacağı; düşünce ve kanaatleri sebebiyle suçlanıp kınanamayacağıdır. Madde ile hürriyet, "düşünceyi açıklama" hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki hürriyet her ne kadar birbiriyle bağlantılı ise de; nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır. Din ve vicdan hürriyeti konusunda ileri sürülen mülâhazalar, burada da geçerlidir. Yani bu hürriyet dahi hiçbir sebeple ihlâl edilmeyecektir. 15 inci maddede belirtildiği gibi olağanüstü haller dahi bu hürriyetin sonuçlarını ortadan kaldırmayı meşrû kılmaz."*

⁴²⁸ Şahbaz, s.187.

⁴²⁹ Korkmaz, s.323.

⁴³⁰ Korkmaz, s.323.

Anayasanın 26.maddesinde ise düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlığı altında *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi 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."* hükmü düzenlenmiştir.⁴³¹ Görüldüğü gibi, madde, ifade özgürlüğünü geniş bir şekilde düzenlemiştir. Madde metninden anlaşıldığı üzere düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü; *düşünceyi açıklama özgürlüğü, enformasyon özgürlüğü, basın yoluyla haber verme özgürlüğü, radyo-televizyon yoluyla haber verme özgürlüğü ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü* olarak beş temel hakkı içerir⁴³².

Maddede *"söz, yazı ve resim.."* ile düşünce açıklama ve yaymadan bahsedilmektedir. Maddede geçen *"söz"*, düşüncelerin doğrudan sesli olarak aktarılmasını ifade ederken, buradaki seslilik, konuşulan sözle beraber, bir terennüm veya marş biçiminde, hatta ses dalgaları yoluyla aktarım gibi, elektromanyetik dalgalar, plaklar, sesli ve görüntülü kasetler ve telefonlar yoluyla da gerçekleştirilebilir.⁴³³ *"Yazı"*yla aktarımın ise resmi dille olması şart değildir; yabancı bir dille hatta ölü bir dille gerçekleşmesi de mümkündür, hatta sadece alfabede tanımlanan şekilde olması da şart değil; gizli simgeler, resimler ya da çizimlerden oluşması ve yazı yazmaya elverişli herhangi bir nesne üzerinde olması yeterlidir.⁴³⁴ *"Resim"* ise, hem gerçeğin çizimler veya fotoğraflama yoluyla yalın biçimde yansıtılmasını ve başkalarına aktarılmasını, hem de bunların soyutlaması yoluyla ortaya çıkan sanat eserlerini kapsar.⁴³⁵ Ayrıca maddede düşünce açıklama ve yayma

⁴³¹ Kıyaslama yapılabilmesi için kimi ülkeler Anayasalarındaki düzenlemelere göz atacak olursak, "Herkes, düşüncesini sözle, yazı veya başka her türlü yayın aracıyla ortaya koyma hakkına sahiptir" (İtalya Anayasası, m.21); "Herkes, kanaatini, sözle, yazıyla ve resimle serbestçe ifade etme ve yayma hakkına sahiptir" (Alman Anayasası, m.5); "Herkes, düşüncesini, sözle, resimle veya başka her araçla, serbestçe ifade etmek ve tanıtmak hakkına sahiptir" (Portekiz Anayasası); "Düşünceleri, fikirleri ve kanaatleri, sözle, yazıyla veya başka her türlü üretim aracıyla açıklama ve savunma hakkı tanınmıştır" (İspanyol Anayasası m.20/1-a); "Herkes, düşüncelerini sözlü olarak, yazıyla ve basın yoluyla, Devletin yasalarını gözeterek açıklayabilir ve yayabilir" (Yunanistan 1975 Anayasası m.14/1); "Sözle, yazıyla, resimlerle, seslerle veya başka kamu iletişim araçlarıyla düşünceleri, kanaatleri veya inançları ifade özgürlüğü ve her türlü yaratma özgürlüğü dokunulmazdır." (1992 Romanya Anayasası, m.31) Bkz. Şahbaz, s.190-191.

⁴³² Korkmaz, s.324.

⁴³³ Korkmaz, s.325; Şahbaz, s.219.

⁴³⁴ Korkmaz, s.325; Şahbaz, s.219.

⁴³⁵ Can, Neler Değişti, s.371; Korkmaz, s.325.

"söz, yazı ve resim" gibi belli bazı araçlarla sınırlandırılmamış, "veya benzeri yollarla yapılan" demek suretiyle herhangi bir şekilde bu düşüncenin açıklanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla yukarıda belirtilenler dışında jest, mimik gibi hareketleri, belli bir üniforma ya da sembolün taşınmasını ya da belli bir müzik parçasının çalınması da ifade özgürlüğünün kapsamında kabul etmek gerekir.⁴³⁶ Buna ek olarak, açıklama ve yayma tek başına ve/veya toplu bir biçimde olabildiği için ifade özgürlüğü geniş bir özgürlükler yelpazesi sunmaktadır.⁴³⁷

2.4.2.2. Başlangıç Bölümündeki Düzenleme ve Sınırlama

Her ne kadar anayasaların başlangıç bölümlerinin pozitif hukuki değer taşımadığı, sadece anayasa hükümlerinin yorumlanmasında yol gösterici ve ıstık tutucu niteliğe sahip olduğu ileri sürülse de⁴³⁸ Anayasanın 176.maddesi gereği Anayasanın başlangıç kısmı da Anayasa metnine dahildir. Dolayısıyla başlangıçta geçen ilkelerin genel, soyut, edebî bir üslupla kaleme alınması, başlangıcın pozitif hukukî değerini ortadan kaldırmaz.⁴³⁹ İşte bu yüzden öncelikle başlangıç bölümündeki ibarelerin ifade özgürlüğü ile ilişkisi tespit edilmelidir.

1982 Anayasasının Başlangıç bölümünde “*Hiçbir düşünce ve mülâhazanın Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği...*” şeklinde bir ibare yer almaktaydı. Bu düzenlemeyle “*düşünce ve mülâhazalar*”ın hangi düşünceler karşısında koruma göremeyeceği tanzim edilmişti. Ancak bu düzenlemeyle düşünceler arasında ayrımcılık yapılmakta, dolayısıyla koruma göremeyecek düşünceler ve kanaatler kategorisi oluşturulmakta, bunun sonucunda da ifade özgürlüğünün normatif alanı, insan onurunun ve demokratik temel değerlerin kabul edemeyeceği biçimde daralmakta ve sınırlanmaktaydı.⁴⁴⁰ 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasanın başlangıç kısmında yer alan “*düşünce ve mülâhaza*” ifadesi metinden çıkarılmış ve bunun yerine “*faaliyet*” terimi kullanılmıştır. Bu değişiklikle

⁴³⁶ Korkmaz, s.325.

⁴³⁷ Kaboğlu, Siyasi Partilerce Kullanımı, s.72.

⁴³⁸ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.75.

⁴³⁹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, (Anayasa Hukuku), s.193.

⁴⁴⁰ Can, Neler Değişti?, s.377.

ifade özgürlüğüne koruma sağlanması ve sadece bu değerleri tahribe yönelik “*eylemler*”in istisna olması amaçlanmış, ancak görüşmeler sırasında “*eylem*” yerine “*faaliyet*” kelimesi tercih edilmiş ve dolayısıyla başlangıcın önceki metnine nazaran önemli bir değişiklik yapılmamıştır.⁴⁴¹ Zira; “*faaliyet*”, “*fil*” kökünden türediğinden ve düşünce açıklaması da bir fiil olduğundan, *faaliyetten* düşüncenin söz, yazı, resim vb. yollarla dış dünyaya yansıtılması anlaşılmaktadır.⁴⁴² Gerçekten “*düşünce ve mülahaza*” ifadesi “*faaliyet*” kavramına mündemiçtir. Ancak değişikliğin anlam bulması için özgürlükçü bir yaklaşımdan yola çıkarak düşünce açıklamasının faaliyet olmadığı, düşüncelerin herhangi bir şekilde yayılmasının önünde hukuki engelin bulunmadığı ileri sürülmüştür.⁴⁴³ Kanaatimizce, başlangıç hükümleri temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte olmamalıdır.⁴⁴⁴ Dolayısıyla değişikliğin anlam bulabilmesi için ya *faaliyet* ibaresi *ifadeyi* içerek şekilde geniş yorumlanmamalı ya da başlangıç bölümündeki *faaliyet* ibaresi yerine “*düşünce*”yi içermeyen başka bir terim kullanılmalıdır. Kaldı ki, Anayasanın başlangıcında ifadesini bulan temel ilkeler ve anlayışlar Anayasanın geçerli olduğu toplumsal yaşamda, siyasal ve toplumsal olarak söylenmiş ve söylenecek son söz, ulaşılabilecek son hedef de değildir.⁴⁴⁵ O halde, başlangıç bölümünde belirtilen ibarelerin anlamlandırılması ve tartışılması engellenmemelidir. Aksi halde, *Türk varlığı, Türklüğün tarihî ve manevi*

⁴⁴¹ Ali Rıza Bozkurt, "2001 yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları: Siyasal, Sosyal ve Ekonomik Yönden", Cilt:19, 2002, s.394. Mustafa Erdoğan, “Özgürlük Üzerine Notlar”, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php> (20.05.2015). **Karşı Görüş:** Değişiklikle birlikte herhangi bir düşünce ve mülhazanın faaliyet olmadığı müddetçe koruma göreceği yönünde Bkz. Çetin Yetkin, "Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, s.317.

⁴⁴² Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, (Anayasa Değişikliği), s.328. Gözler, başlangıç kısmının anayasanın dayandığı temel felsefeyi ifade ettiğini belirterek bu metnin genellikle hukuki sonuç doğurmadığını, dolayısıyla başlangıç kısmında yer alan ibarelerin değiştirilmesini “*abesle iştigal*” olarak nitelendirmiştir. Ayrıca Bkz. Mustafa Erdoğan, Özgürlük Üstüne Notlar, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php>, (20.05.2015).

⁴⁴³ Osman Can, "Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, Anayasa Değişikliği, s.508.

⁴⁴⁴ Mehmet Sağlam, "Ekim 2001 tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, s.251. Ancak başlangıcın otoriter içeriğinin, Anayasa Mahkemesinin demokratik olmayan, yasakçı bir tutum geliştirmesinde meşrulaştırıcı bir rolü olduğu yönünde Bkz. Faruk Bilir, “Anayasada Başlangıç Bölümü Olmalı mı?”, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasada-baslangic-bolumu-olmali-mi/>, (22.05.2015).

⁴⁴⁵ Can, Neler Değişti?, s.378.

değerleri gibi soyut nitelikli kavramlar kullanılarak ifade özgürlüğüne sınırları belli olmayan geniş nitelikli kısıtlamalar getirilmiş olacaktır.

2.4.2.3. Anayasasının 13, 14 ve 26. Maddelerindeki Sınırlamalar

1982 Anayasasının 26.maddesinin ikinci fıkrasının ilk hali *"Bu hürriyetlerin kullanılması, 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."* şeklindeydi. 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle, Anayasanın 13.maddesindeki sınırlama nedenlerinin bir kısmı özel maddede sınırlama nedenleri arasına alınarak, *"Bu hürriyetin kullanılması"* ibaresinden sonra gelmek üzere *"milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması"* ibareleri eklenmek suretiyle fıkra, *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik⁴⁴⁶, kamu düzeni⁴⁴⁷, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri⁴⁴⁸ 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*

⁴⁴⁶ Milli güvenlik kavramı genel olarak, devletin ve ülkenin iç ve dış güvenliğinin korunması konularını kapsamaktadır. Milli güvenliği bozucu faaliyetler devletin varlığını, ülkesini ve tüm halkı etkileyen faaliyetler olup, bu kavramın siyasi veya ideolojik bir muhtevası bulunmamaktadır. Bu sebeple barış zamanlarında savunma stratejisinin, asker kişilerin mesleki davranışlarının eleştirilmesi, savaş, askerlik ve silahlanma aleyhine görüşler ileri sürülmesi milli güvenliğe zarar verici faaliyetler olarak anlaşılmamalıdır. Sunay, Muhteva ve Sınırları, s.83.

⁴⁴⁷ Milli güvenlik kavramından farklı olarak; kamu güvenliği, kamu yararı, kamu düzeni gibi kavramların önceden tanımlanması, ya da kapsamlarının belirlenebilmesi mümkün değildir. Bunların kapsamı, her somut olayda yargı yerlerince saptanacaktır. Fakat bu durum, onların objektif nitelikli bazı değişmez özelliklerinin bulunduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Kamu düzeni kavramının değişmez anlamı ise, belli bir siyasi ve sosyal hukuk düzenlerinin, düzensizliklere karşı korunmasıdır. Sunay, Muhteva ve Sınırları s.84vd.

⁴⁴⁸ Bu durumda açıklanan bir fikre yönelik sınırlayıcı tedbir, öz kavramı yanında milli dayanışma, insan haklarına saygı, Atatürk milliyetçiliği, laiklik gibi hususlar yönünden de uygunluk denetimine tabi tutulacaktır. İlk etapta bu kavramların kişiler için aleyhe bir durum doğurmayacakları ileri sürülebilir. Fakat yargı organları tarafından bu kavramların devlet menfaatlerine üstünlük tanıyan kavramlar olarak yorumlanmaları ve daha önce belirtildiği gibi bazılarının evrensel anlamından uzak ve dar bir çerçevede değerlendirilmeleri demokratik toplum düzeni gibi ifade hürriyetinin güvencesi olması gereken bir kavramı etkisiz hale getirebilmektedir. Sunay, Muhteva ve Sınırları, s.121-122.

olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁴⁹ Düşünce özgürlüğünün aksine ifade özgürlüğü sınırsız değildir. Zira, temel hak ve özgürlüklerin öncelikle nesnel sınırları bulunmakta, ancak anayasanın ideolojik, otoriter niteliğine göre bu nesnel sınırlar yeterli gelmemekte, anayasaların kendileri soyut veya somut nitelikte sınırlar ve yasaklar koymaktadır.⁴⁵⁰ İşte, yapılan bu değişikliklerle, ifade özgürlüğünü sınırlandıran sebeplerin çoğaltıldığı ileri sürülmüştür.⁴⁵¹ Bu durumun değerlendirilebilmesi için Anayasanın 13.maddesinden 26.maddesinin ikinci fıkrasına aktarılan ibarelerin analizini yapmak gerekmektedir. Ancak bunun da öncesinde 2001 değişikliğinden önce 13.maddedeki sınırlamaların ifade özgürlüğü için geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir. 1982 Anayasasının 13.maddesinin ilk hali, *“Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”* şeklindeydi. Son fıkrada belirtildiği üzere genel sınırlama nedenleri tüm temel hak ve hürriyetler için geçerli olduğundan ifade özgürlüğü hem 13.maddedeki genel sınırlama sebeplerine hem de 26.maddedeki özel sınırlama sebeplerine göre sınırlanabilmekteydi. Görüldüğü üzere, Anayasada herhangi bir sınırlama sistemi yoktu ve niteliği gereği herhangi bir sınırlama kabul edemeyecek düşünce özgürlüğü için bile ayrı bir kategori oluşturulmamıştı.⁴⁵² O dönemde Anayasanın

⁴⁴⁹ Anayasanın 26.maddesinin ikinci fıkrasına eklenen bu yeni sınırlama nedenleri dışında kalan *“suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının özel ve aile hayatlarının yahut yasanın öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun yerine getirilmesi”* amaçlı sınırlamaların düşünce özgürlüğünün niteliğiyle bağdaşmadığı hakkında Bkz. Şahbaz, s.190 *“Türkiye’nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle kurulan organların kararları da göz önünde tutulur”* kuralı yer aldığından bu neden ve ölçütlerin yorumlanmasında AİHM’nin kararlarıyla paralellik kurulması gerektiği hakkında Bkz. Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, s.68.

⁴⁵⁰ Can, Neler Değişti?, s.374.

⁴⁵¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması(Anayasa m.13)", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, s.118.

⁴⁵² Can, Neler Değişti?, s.390.

13.maddesinde yer alan genel sınırlama sebeplerini 14.madde ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim Anayasanın 14.maddesi “*temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamaması*” başlığı altında “— 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 ayırımı 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 yolda 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.” şeklinde düzenlenmişti. Anayasanın 14. maddesinde sayılan anayasal sınırlar, yine Anayasanın kendi koyduğu ve temel hakların –özelde düşüncüyü açıklama özgürlüğünün– norm alanını/garanti kapsamını belirleyen sınırlar olduğundan kanun koyucunun 14. maddeye göre yapacağı/yapmak zorunda olduğu yasal düzenleme açıklayıcı/deklâratifken bu maddede öngörülenin ötesinde bir sınırlama ihtiyacı doğarsa, kanun koyucu Anayasanın 13. maddesi uyarınca sınırlama yapmaktaydı.⁴⁵³

2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasanın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması*” başlığını taşıyan 13.madde “*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.*” biçimini alarak genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılmıştır. Anayasanın 13.maddesindeki genel sınırlama sebeplerinin bir kısmı ise 26.maddeye aktarılmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir yandan bu değişiklikle, ifade özgürlüğünü sınırlandıran sebeplerin çoğaltıldığı ileri sürülürken, diğer yandan genel sınırlama nedenlerinin 13.maddeden çıkarılmasının sakıncalı olduğu belirtilmiştir.⁴⁵⁴ Katıldığımız görüşe göre, eskiden geçerli olan kademeli sınırlama

⁴⁵³ Can, Neler Değişti, s.390.

⁴⁵⁴ Bu durumun sakıncalı olduğunu belirten yazarlar düzenlemenin yeni halinde “*genel ahlak*”ın korunması şeklinde ifade edilen sınırlama nedeninin maddede yer almamasının dikkat çekici olduğunu

sistemini kaldırmış olması bakımından 13.maddenin kaldırılması prensip olarak olumlu bir değişiklik olmakla birlikte, kaldırılan genel sınırlama nedenlerinin bir kısmı veya bazı yeni sınırlama nedenleri özel hak maddelerine serpiştirilmek suretiyle, sağlanmak istenen iyileştirme önemli ölçüde zayıflatılmıştır.⁴⁵⁵ Ayrıca Cumhuriyetin temel niteliklerinin tartışmasız dogmalar olmadığı, dolayısıyla bunların tartışılmasının yasaklanmasının otoriter bir zihniyeti yansıttığı ifade edilmiştir.⁴⁵⁶

Anayasanın 13.maddesi gereği değerlendirilmesi gereken bir diğer temel problem dokunulmayacak özün belirlenmesidir. Zira bu öz, her hak ve özgürlük için değişik nitelik taşıyabilmektedir.⁴⁵⁷ 1982 Anayasası öz güvencesini düzenlemediği halde⁴⁵⁸, Yüksek Mahkeme kararlarının çoğunda öze dokunma yasağı yer almaktaydı, ancak o dönemde verilen kararlarda, sadece o hak ve özgürlüğü “tümüyle kullanılmaz hale getirmesi”, “belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldırması” halinde öze dokunmuş sayılacağı kabul edilmişti.⁴⁵⁹ Ancak 2001 yılında gerçekleştirilen değişiklikle, öz güvencesi dar bir şekilde yorumlanmamalıdır.⁴⁶⁰ Nitekim, öz güvencesinin içeriğinin çok dar bir anlayışla yorumlanması, ilkenin Anayasaya uygunluğu denetimindeki rolü azaltacaktır.⁴⁶¹

vurgulamışlardır. “Bu eksikliğin, eğer ahlak konusunda ultra-liberal bir yaklaşımın eseri değilse, basit bir unutkanlığın sonucu olduğu ileri sürülmüştür. Zira “genel ahlak” kavramı 1961 Anayasasındaki 11.maddenin hem orjinal halinde hem de 1971 değişikliklerinde korunmuş genel sınırlama nedenlerinden biridir. Anayasa Mahkemesine göre “genel ahlak” deyimi, “belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır.” (E.1963/128, K.1964/8, K.T. 28.1.1964) Ayrıca genel ahlakın taşıdığı anlamın “kolayca anlaşılır” olması tartışmalıdır, ancak bu kavramın hemen bütün uluslararası insan hakları belgelerinde bir sınırlama nedeni olduğu kesindir.” Bkz. Zühtü Arslan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, 2002, (Özgürlüklerin Sınırlandırılması), s.142.

⁴⁵⁵ Mustafa Erdoğan, “Özgürlük Üzerine Notlar”, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php>, (20.05.2015).

⁴⁵⁶ Gözler, Anayasa Değişikliği, s.341.

⁴⁵⁷ Arslan, s.144.

⁴⁵⁸ 1961 Anayasası döneminde de öze dokunma yasağı düzenlenmediği halde “hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması” E.1963/25, K.1963/87, K.T.:8.4.1963, AMKD., Sayı:1 s.228. halinde ya da “bir hak ve özgürlüğün kullanılmasının açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi suretle güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikteki sınırların” o hak ve özgürlüğün özüne dokunmuş olunacağı kabul edilmekteydi. E.1962/208, K.1963/1, K.T.:4.1.1963, AMKD., Sayı:1, s.77.

⁴⁵⁹ Şahbaz, s.193.

⁴⁶⁰ Şahbaz, s.193.

⁴⁶¹ Oktay Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Düzenlenmesi Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, (Temel Hak ve Özgürlükler), s.190.

Öze dokunma yasağının yanında, Anayasanın 13. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlamanın sınırı; “*Anayasanın sözü ve ruhu*”⁴⁶², “*demokratik toplum düzeni*”⁴⁶³, “*laik Cumhuriyetin gerekleri*” ve “*ölçülülük ilkesi*”⁴⁶⁴ olarak belirlenmiştir. Anayasanın 13. ve 26.maddeleri arasında sınırlama sebepleri açısından göze batıcı bir aykırılık olmamakla beraber, her iki metinde yer alan sınırlama sebeplerinin çok geniş ve değişik yorumlara elverişli kavramlar olduklarında kuşku yoktur.⁴⁶⁵

2001 yılında gerçekleşen değişiklikle Anayasanın 14. maddesi şu şekilde düzenlemiştir: “*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.*” Bu maddeyle birlikte gelen önemli değişikliklerden biri kötüye kullanmanın sadece bireyler için değil; devlet için de söz konusu olacağıdır. Ayrıca değişiklikle kötüye kullanma sayılan hak kullanma biçimleri sayı olarak azaltılmıştır, ancak madde hala kötüye kullanmayı fiili bir zararın ortaya çıkması açısından değil de, hak kullanıcısının güttüğü amaç açısından tanımladığından, maddenin genel yapısında bunun dışında esasa ilişkin olarak ciddi bir iyileştirme yapılmamıştır.⁴⁶⁶ Zira hakların kötüye kullanılmasını gerçek bir zarara sebebiyet verilmesiyle ilişkilendirmeyen her tanım hak ve hürriyetlerini kullanacak

⁴⁶² “Bu şart, özellikle, Anayasanın temel hak ve hürriyetler için <ek güvenceler> belirtmiş olması durumunda önem kazanmaktadır. Gerçekten Anayasa, bir çok hallerde, sadece bir hak ve hürriyeti tanımakla yetinmemiş; aynı zamanda kanun koyucunun, o hak ve hürriyeti düzenlerken yapamayacağı hususları da belirtmiştir.” Özbudun, s.112.

⁴⁶³ Demokratik toplum düzeninin gerekleri, her hak ve özgürlük için ayrı ayrı somutlaştırılması zor olan, hak ve özgürlüğün dışında kalan, daha çok siyasal rejim ve demokrasi alanına giren bir kavram olduğu hakkında Bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.137.

⁴⁶⁴ Sınırlamada başvurulacak aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve amaçla aracın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasının ifade ettiği hakkında Bkz. Özbudun, s.114.

⁴⁶⁵ Özbudun ve diğerleri, s.5.

⁴⁶⁶ Mustafa Erdoğan, “Özgürlük Üstüne Notlar”, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php>, (20.05.2015).

kişiler için genel bir tehdit oluşturacağından, kötüye kullanma için yasak amaçlara yönelik bir “*faaliyet*”in varlığının şart haline getirilmiş olması da hükmün normatif etkileri açısından önemli bir değişiklik yaratmayacak, hatta “*laik cumhuriyet*” ibaresinin bu maddeye de dahil edilmesi, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle, temel haklar açısından söz konusu olan tehlikeyi bir kat daha artıracaktır.⁴⁶⁷ Hakların kötüye kullanılması sadece başkalarına ve kamuya fiili bir zarar vermekle ilgili olmadığından, bu çerçevede başlangıç ve 14.madde birlikte değerlendirildiğinde, “*faaliyet*”in düşünce açıklamalarını da kapsadığını söylemek mümkün olmayacak ve dolayısıyla resmi ideolojiyi ve kurulu düzeni sorgulayan veya eleştiren ifadeler de hakların kötüye kullanılması sayılmaya devam edecektir.⁴⁶⁸

Çalışmamız açısından asıl önem arz eden, ifade özgürlüğünün “*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*” amacıyla sınırlanabileceği düzenlemesidir. Bu durum benzer bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10.maddesinde düzenlenmiş ve ifade özgürlüğünün sınırı olarak “*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*” (*for the protection of the reputation or rights of others*) öngörülmüştür.⁴⁶⁹ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18.maddesinde, “başkalarının haklarına ve şöhretine saygı” ifade özgürlüğünün sınırı olarak kabul edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ifade özgürlüğünü düzenleyen maddede onur, şeref, şöhret ya da saygınlık gibi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Alman Anayasasının 5.maddesinde ise, ifade özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak, “*kişisel şerefın korunması*”(der persönlichen Ehre) öngörülmüştür. ABD Anayasasında ifade özgürlüğünü düzenleyen Ek 1.maddede, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde olduğu gibi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. İfade özgürlüğü ve onun sınırı olan şöhretin korunmasına ilişkin sebep sınırlamanın meşru bir amaca sahip olması gerektiğinden kaynaklanmaktadır. Şöhretin korunmasına

⁴⁶⁷ Mustafa Erdoğan, “Özgürlük Üstüne Notlar”, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php>, (20.05.2015).

⁴⁶⁸ Can, Neler Değişti?, s.398; Mustafa Erdoğan, “Özgürlük Üstüne Notlar”, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php>, (20.05.2015).

⁴⁶⁹ İfade özgürlüğü ve onun bir sınırı olarak şöhretin korunması hakkındaki Anayasadaki düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle paralellik taşıdığından ayrıca konunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenişi incelenmemiştir.

ilişkin verilen kararlar aşağıdaki bölümlerde inceleneceği için ayrıca burada üzerinde durulmamıştır.⁴⁷⁰

1982 Anayasasının 26.maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, *"düşüncenin açıklanmasında ve yayılmasında yasaklanmış herhangi bir dil kullanılamaz."* düzenlemesi 2001 yılındaki Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Gerçekten bu anayasal dayanağın demokratik nitelikte herhangi bir ülkede bulunması söz konusu değildir.⁴⁷¹ Kaldı ki, böyle bir yasağı koymanın hukuksal, etik ve de sosyolojik bir dayanağı da yoktur.⁴⁷² Dolayısıyla düzenlemenin kaldırılması yerinde olmuştur.

Yapılan bu değişiklikte, Anayasanın 26.maddesinin üçüncü fıkrasına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla düzenleneceği yönünde bir ibare eklenmiştir.⁴⁷³ Ancak fıkra bu özgürlüğün sınırlanmasının yasayla gerçekleştirileceği eklenmeseydi de sınırlamanın yine de yasayla gerçekleştirilebileceğini Anayasanın 13.maddesinin birinci fıkrasından çıkarmak mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁴⁷⁴ Ancak ifade özgürlüğünün kullanılmasının kanunla yapılması anayasal güvenceden kanuni düzenlemeye geçilerek ifade özgürlüğünün alanını daraltmıştır.⁴⁷⁵ Çünkü bu yönde bir yasal düzenleme yapma yoluna gidilmemiş olmakla beraber, ifade özgürlüğünün

⁴⁷⁰ Bu konuda önemli olan Engel, Thorgeirso, De Haes ve Gijssels kararlarına açıklamalarla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları Sorunu, s.447.

⁴⁷¹ Zira, Anayasanın 26.maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve düşüncelerin açıklanmasında ve yayılmasında belli dilin kullanılmasının kanunla yasaklanabilmesine cevaz veren hükmün, sadece Avrupa Sözleşmesiyle değil, çağdaş demokrasinin hiçbir normu ile bağdaştırılmasına imkan yoktur. Özbudun ve diğerleri, s.5.

⁴⁷² Can, Neler Değişti?, ss. 398-399. Can'a göre *"dil yasağının kaldırılmasını doğru bir hareket olarak değerlendirmek gerekir. Ancak bunun bir ilerleme olarak algılanması söz konusu değildir. Özellikle 26. madde bakımından insan onurunu zedeleyici bir anomali sona erdirilmeye çalışılmıştır. Ancak uluslararası hukuka aykırılığın devam ettiği anayasa hükümleri olduğu gibi durmaktadır. Özellikle Anayasanın 42/son. maddesinde "Türkçe'den başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına anadilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez." hükmü dikkati çekmektedir. Madde eğitim dilinin Türkçe olması zorunluluğunu da aşarak, doğal bir olguyu reddedip, Türkiye'de yaşayan herkesin anadilini yasayla belirleme gibi bir yetkiyi devlete tanımaktadır."*

⁴⁷³ Dolayısıyla yürütmenin düzenleyici işlemleriyle düşünceyi açıklama hürriyetine sınır getirilemeyeceği ve yürütmeye düşünceyi açıklama özgürlüğünü sınırlandırma yetkisi verecek olan yasa anayasaya aykırı olacağı gibi, böyle bir yasaya dayanılarak çıkarılacak bir düzenleyici işlemin de Anayasaya aykırı olacağı ve bu nedenle böyle bir yasanın Anayasa Mahkemesince iptali gerektiği hakkında Bkz. Şahbaz, s.189.

⁴⁷⁴ Böyle bir açık düzenlemenin getirilmesinin yerinde olduğu yönünde Bkz. Şahbaz, s.222.

⁴⁷⁵ Yılmaz Aliefendioğlu; "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", (2001 Anayasa Değişiklikleri), **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, s.168 vd.

bu şekilde çok yönlü düzenleme isteği, tehlikeli ve ürkütücüdür.⁴⁷⁶ Bir özgürlüğün kullanımını göstermeye yönelik her düzenleme kaçınılmaz olarak özgürlük alanının sınırlanmasına yöneleceğinden, ne düşünceyi kısıtlamadan böyle bir yasa çıkarmak; ne de yasanın, tüm düşünce biçimlerini şekil, şart ve usul olarak tek tek belirlemesi mümkündür.⁴⁷⁷

2.5. ELEŞTİRİ HAKKININ CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Eleştirinin ceza hukukunun hangi kurumuyla bağlantı içinde olduğu ve bu hakkın nerede düzenlenmesi ve dolayısıyla incelenmesi gerektiği tartışmalıdır.⁴⁷⁸ Dolayısıyla bu başlık altında öncelikle, eleştiri hakkının ceza hukukunda kaynağı ve dayanağı ile kanunda düzenlenişi tespit edilecek, yasal düzenlemenin gerekli olup olmadığı sorununa değinilecektir. Ayrıca çalışmanın bu bölümünde, hakkın kullanımı için gerekli koşullar belirtilecek ve eleştiri hakkı ile hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni konularında yapılan tartışmalara yer verilecektir.

Türk Ceza Kanununda “*eleştiri hakkı*”ndan bahsedilmemekte, ancak “*eleştiri*” ibaresi iki maddede yer almaktadır. Şöyle ki, Türk Ceza Kanununun 218. ve 301.maddesinde “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları*”ndan söz etmektedir. O halde, konuyu daha anlaşılır kılabilmek için öncelikle, “*eleştiri amacı*”ndan kastedileni ortaya koymak gerekmektedir. Gerçekten; Türk Ceza Kanununda yer alan “*eleştiri amacı*”yla ibaresinden kastedilen nedir? “*Eleştiri amacı*”, bizim çalışmamızın temeli olan “*eleştiri hakkı*” anlamına mı gelmektedir? Eğer öyleyse, neden zaten genel hükümlerde mevcut olan ve hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan “*hakkın kullanılması*”⁴⁷⁹ düzenlemesiyle yetinilmemiş;

⁴⁷⁶ Korkmaz, s.330.

⁴⁷⁷ Korkmaz, s.330. Ayrıca başka hiçbir ülke Anayasasında böyle bir hükme rastlamak mümkün olmadığı hakkında Bkz. Korkmaz, s.330.

⁴⁷⁸ Sancar, s.221.

⁴⁷⁹ Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmek için kanunda herhangi bir şart öngörülmemekle birlikte doktrinde yazarların özellikle dört koşulu tartıştığı ve bu şartlarda uzlaştığı söylenebilir. Nitekim hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin oluşabilmesi için ortada bir hakkın mevcudiyeti, bu hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanımı, failin hakkını bu hakkı doğuran sebeplerin koyduğu sınırlar içinde kullanımı ve hakkın icrası ile işlenen suç arasında fikri bir bağlantının varlığı gerekmektedir. Bkz. Erman, s.131.(Doktrinde üzerinde hem fikir olunan bu koşulların, uygulamada bir eylemin herhangi bir hak dahilinde kalıp kalmadığına ilişkin değerlendirme problemiyle karşılaşabilme ihtimali olduğundan, kanun gerekçesinde de yer alması

ayrıca ve açıkça özel hükümlerde bu hakkı düzenleme gereği duyulmuştur? Eğer “*eleştiri amacı*”yla belirtilmek istenen “*eleştiri hakkı*” değilse; “*eleştiri amacı*” ibaresine nasıl bir anlam yüklenmelidir? İşte, bu sorulara verilecek cevap, eleştiri hakkının ceza hukukundaki yerini tespit açısından oldukça önem taşımaktadır. Kanaatimizce, “*eleştiri amacı*” ile “*eleştiri hakkı*” farklı anlamlara işaret etmektedir. Zira; eleştiri hakkı, hakkın kullanılmasıyla ilgiliyken, eleştiri amacı kişinin iç dünyasını ilgilendirmektedir.⁴⁸⁰ Ancak gerek kanun koyucu, gerek Yargıtay, gerekse de doktrindeki yazarlar, eleştiri amacıyla ibaresiyle eleştiri hakkının kastedildiğini vurgulamıştır. Bu görüşe katılmamakla birlikte, bu ayrıma anlam verebilmek için konunun, “*hakkın kullanılması*”nın objektif/sübjektif varlığını ilgilendirdiğini ve tartışmaların bu ekseninde yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla konunun açıklığa kavuşturulması için öncelikle eleştiri amacından farklı olduğunu ileri sürdüğümüz eleştiri hakkının ceza hukukundaki yeri incelenmeli, sonrasında hukuka uygunluk nedenlerinin objektif/sübjektif varlığı tartışılmalıdır.

Bu bağlamda sormamız gereken ilk soru; yukarıda bahsettiğimiz özel hükümler dışında ceza hukukunda eleştiri hakkının kaynağı var mıdır ya da ceza hukukunda eleştiri hakkıyla ilgili olarak böyle bir dayanağa ihtiyaç var mıdır? Eleştiri hakkı, ceza hukukunda, esasta, “*hakkın kullanılması*”nın bir gereği olarak görülmekte ve incelenmektedir. Zira, hakkını kullanan kişinin fiili başkasının zarar görmesine neden olsa ve başkalarının menfaatleriyle çatışsa dahi hukuk düzeni hakkını kullanan kişinin eylemine üstünlük tanıyıp onun icrasını korumalıdır.⁴⁸¹ Keza, hukuken tanınmış hak ve yetkinin kullanılmasına cevaz veren hukuk düzeni

gerektiği hakkında Bkz. Tepe, s.132.) Dolayısıyla öncelikle kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen sübjektif hakkın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁷⁹. (Bu konu TCK’nin 26. maddesindeki düzenlemeden önce, ceza hukukunda yer almayan hukuka uygunluk sebeplerinden hakkın kullanılması başlığı altında doktrinde tartışılmış ve kullanılan hakkın sübjektif olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Dönmezer ve Erman, s.31. Sübjektif hak, hukuken korunan ve bu korumadan yararlanmanın hak sahibinin iradesine bırakıldığı bir haktır. Bkz. Centel ve diğerleri, s.327. TCK 26. madde bağlamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmek için diğer bir koşul, kişinin hakkı tanınan sınırlar içerisinde kullanmasıdır. Medeni Kanunun 2. maddesi gereği, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağından, kişi hakkını kullanırken tanınan hakkın sınırlarını aşmamalıdır. Bkz. Koca ve Üzülmöz, s.268. Son olarak, hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmek için hakkın kullanılması ile tipe uygun fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bkz. Koca ve Üzülmöz, s.268. Nitekim bir kişiye belli bir hakkın tanınmasının nedeni, hakkın sınırları içinde kalınarak doğrudan doğruya elde edilebilecek meşru bir yararın güvence altına alınabilmesine olanak tanımak olduğundan, fail sübjektif hakkın kaynağı olan kuralın amacına uygun davranmalıdır. Bkz. Centel ve diğerleri, s.327.

⁴⁸⁰ Selçuk, s.10.

⁴⁸¹ Koca ve Üzülmöz, s.268.

onu yasaklayamaz.⁴⁸² Bu kapsamda, hakkın kullanılması, TCK m.26/1’de “*Hakkını kullanan kişiye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. O halde, ceza hukuku bağlamında “*hak*” kavramına ne anlam verilmesi gerektiği ve hak kavramına eleştirinin mündemiç olup olmadığı tespit edilmelidir. TCK’nın 26.maddesinde kullanılan hak kavramı, doğrudan veya dolaylı olarak tanınan ve herhangi bir hukuk dalından doğan, hangi kategoriye ait olursa olsun bütün hakları kapsamaktadır.⁴⁸³ Gerçekten hak, kamu hukuku veya özel hukuk normlarından doğabileceği gibi, idari veya özel hukuka ait bir işlem veya örf adetten de doğabilir.⁴⁸⁴ Keza, madde gerekçesinde de hakkın, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabildiği ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabileceği düzenlenmiştir.⁴⁸⁵ Dolayısıyla mevzuatımızda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri tek tek sayılamayacak kadar çoktur ancak eleştiri hakkının hakkın kullanılmasının bir gereği olduğuna şüphe yoktur.⁴⁸⁶

O halde, eleştiri hakkının dayanağı olan hakkın kullanılmasının hukuki niteliği incelenmelidir. Hakkın kullanılmasının; ceza hukukunda yer alan suçun unsurlarında(özellikle de bu unsurlardan manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru) mı yoksa unsurların dışında kalan ceza sorumluluğuyla mı incelenmesi gerektiği tartışmalı olmakla beraber; bu başlıklardan herhangi birinin içinde ele alınması da ceza hukuku bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır.⁴⁸⁷ Ancak günümüzde bu

⁴⁸² Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.233. Dönmezer ve Erman, No:702.

⁴⁸³ Koca ve Üzülmüş, s.268; Uğur Urşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hakkın Kullanılması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.9-10.

⁴⁸⁴ Demirbaş, s.234; Koca ve Üzülmüş, s.278. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012. s.278.

⁴⁸⁵ Erdener Yurtcan, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, Ocak 2005, s.68.

⁴⁸⁶ Artuk ve diğerleri, s.426vd.; Centel ve diğerleri, s.334; Hakeri, s.277, Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.322; Özgenç, s.279.

⁴⁸⁷ Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Komisyon çalışmaları sırasında da doğabilecek bu sonuçlar üzerinde tartışmalar yapılmış, ancak bu tartışmalar çözümlenememiş ve bu nedenle hakkın kullanılması daha genel bir kavram olması nedeniyle “*ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bkz. Urşak s.1, “*TBMM Adalet Alt Komisyonunda yürütülen yeni TCK’ya ilişkin çalışmalar sırasında, bu kısımda, birisi “Hukuka Uygunluk Nedenleri”, diğeri ise “Kusurluluğu Etkileyen Nedenler” başlığıyla birbirini takip eden iki bölüm oluşturma ve Hükümet Tasarısının “hukuka uygunluk nedenleri” olarak öngördüğü durumların bir kısmının, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan neden olarak bu ikinci bölümde yer alması yönünde öneride bulunmamıza rağmen, siyasi irade tarafından bu bölüm içinde bulunan 24, 25 ve 26.maddelerin konseptinde değişiklik yapılması uygun bulunmamıştır. Bu durum karşısında hiç olmazsa Bölüm başlığının “Hukuka Uygunluk Nedenleri” olarak değil de “Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler” olarak değiştirilmesi yönünde bulunduğumuz ikinci öneri kabul görerek, söz konusu Bölüm başlığı değiştirilmiştir.*” Özgenç, s.277.

konuda doktrindeki bir uzlaşa sağlanarak hakkın kullanılmasının “*özel kast*”ı ilgilendirdiği ve bu nedenle kusurluluk bahsinde yer aldığını görüşünü savunan görüş terk edilmiş ve eleştirinin hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmiştir. Nitekim TCK, “*ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller*” başlığı altında düzenlenmesine rağmen, madde gerekçesinde hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir.⁴⁸⁸ Biz de, hakkın kullanılmasının, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla eleştiri hakkının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu konusunda doktrindeki baskın görüşe katılmaktayız.

Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin niteliği hakkında ortaya çıkan tartışmaya burada değinmekte fayda görmekteyiz. Nitekim fail var olan bir hakkını kullanma bilinç ve isteğine sahip olduğunda, hem objektif hem de sübjektif bakımdan fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalktığına şüphe yoktur.⁴⁸⁹ Ancak, hukuka uygunluk sebeplerinin bir fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarabilmesi için, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif varlığının yeterli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Nitekim fail var olan hakkını kullanma bilinç ve iradesine sahip olmadığında objektif olarak var olan hak kullanılmıştır, fakat fail bunu bilmediğinden hukuka aykırılığın kalkıp kalkmayacağı değerlendirilmelidir.⁴⁹⁰ Gerçekten, fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkması için fail, hakkını kullandığı bilinciyle mi hareket etmelidir? İşte, bu soruya verilecek cevap, hakkın kullanılmasının objektif/sübjektif varlığını ilgilendirmektedir. Eğer hukuka aykırılığının varlığı objektif açıdan ele alınırsa, objektif olarak ortada hukuka aykırılığın veya hukuka aykırılığı kaldıran bir halin bulunması yeterli olmakta; buna karşılık, hukuka aykırılık sübjektif açıdan değerlendirilirse, failin bu konuda bilgisinin esas alınması gerekmektedir.⁴⁹¹

Klasik suç teorisine taraftar olan yazarlar,⁴⁹² suç teşkil eden haksızlığın muhtevasının belirlenmesinde sadece neticeyi esas aldıklarından bir hukuka uygunluk sebebinin olayda objektif olarak varlığını yeterli görmektedir. Bu görüşe göre, objektif olarak bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde, failin bunu bilip bilmemesi, yani iradesinin hukuka uygunluğu kapsayıp kapsamaması önemli

⁴⁸⁸ Yurtcan, s.68.

⁴⁸⁹ Uruşak, s.190.

⁴⁹⁰ Uruşak, s.190.

⁴⁹¹ Centel ve diğerleri, s.288.

⁴⁹² Kunter, Suçun Kanuni Unsurları, s.150, Demirbaş, s.253-254.

olmadığından hareketin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.⁴⁹³ Karşı görüşe göre;⁴⁹⁴ tipik hareketin hukuka uygunluğu için, hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak varlığı yeterli değildir; aynı zamanda, fail fiilini hukuka uygun hale getiren durumun varlığını bilmeli ve kendisine bu suretle verilen yetkinin icrası veya yüklenen yükümlülüğün gerçekleştirilmesi amacıyla hareket edilmelidir. Diğer bir deyişle, failin hukuk düzenince korunan hak veya yararı koruduğu düşüncesiyle hareket etmesi gerekmektedir.⁴⁹⁵ Türk Hukukunda baskın olan görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir.⁴⁹⁶ Nitekim bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinde, belirtilen bir hakkın korunması iradesi değil, korunması amacı önem taşımaktadır.⁴⁹⁷ Ancak Alman doktrininde hâkim olan kişisel haksızlık teorisine(personale Unrechtslehre) göre kast, haksızlığın bir unsuru olarak kabul edildiğinden, bunun sonucu olarak failin hukuka uygunluk hallerini de bilmesini aramaktadır.⁴⁹⁸ Günümüz ceza hukuku anlayışında ise; kişi işlediği fiilin hukuka aykırılık teşkil ettiği bilincinde olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁹⁹ Bu görüşe göre, hakkın kullanılmasının sübjektif varlığı, yani neticeye yönelik istemenin sebebinin, diğer bir ifadeyle failin hakkını kullanma saiki göz önüne alınarak faili saiki nedeniyle sorumlu tutmaktadır. Oysa ceza hukukunda saikin önemi, ancak belirtilmişse ve temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulur.⁵⁰⁰ Gerçekten, TCK'nın 218 ve 301.maddelerinde “*eleştiri amacıyla*” ibaresine yer verilerek hukuka uygunluk nedeninin sübjektif varlığını aramaktadır. Katıldığımız görüşe göre, olayda eylemi hukuka uygun hale getiren bir nedenin varlığından failin haberdar olmaması, bu nedenin varlığını ortadan kaldırmaz.⁵⁰¹ Dolayısıyla hakkın kullanılmasının objektif varlığı yeterli olmaktadır. Hatta failin suç işleme kastıyla hareket etmiş olması da, olayda bulunan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin uygulanmasını engellemez.⁵⁰² Örneğin; kişi, devletin yargı organını alenen aşağılama

⁴⁹³ Koca ve Üzülmüş, s.265.

⁴⁹⁴ Özgenç, ss. 267-268.

⁴⁹⁵ Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, (Genel Hükümler), s.283.

⁴⁹⁶ Artuk ve diğerleri, s.401; Demirbaş, s.228.

⁴⁹⁷ Demirbaş, s.228.

⁴⁹⁸ Koca ve Üzülmüş, s.253.

⁴⁹⁹ Hakeri, s.242; Koca/Üzülmüş, s.253; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.283; Özgenç, s.276.

⁵⁰⁰ Urşak, s.192.

⁵⁰¹ Centel ve diğerleri, s.288.

⁵⁰² Centel ve diğerleri, s.288. Yazarlara göre bunun nedeni, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerde hakkın korunması iradesi değil, korunmasındaki amaç belirtilmektedir.

kastıyla hareket etmiş ancak kullandığı ifadeler eleştiri hakkı içerisinde kaldıysa, yaptığı açıklamalar suç oluşturmaz. Ancak, TCK'nın 218 ve 301.maddelerinde “*eleştiri amacıyla*” ibaresine yer verilerek hakkın kullanılmasının sübjektif varlığı aranmış ve hakkın kullanılması sınırlandırılmak istenilmiştir. Bu sınırlandırmanın amacına ulaşmış ise ancak aşağıda yaptığımız tartışmalardan sonra netleşecektir.

Bahsettiğimiz suç tiplerinde sadece “*eleştiri*” ibaresine yer verildiği için aslında bu hakkın kullanımının kaynağı olan ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığı da ileri sürülmüştür. Şöyle ki; kanunun gereksiz yere, ne anlama geldiği belirsiz olan “*eleştiri amacıyla*” yer vermek, ancak kanunda “*haber verme veya alma amacıyla*” yer vermek suretiyle ifade özgürlüğünün alanını daraltmıştır.⁵⁰³ Gerçekten de TCK 218.maddesinde haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmazacağı düzenlenirken, TCK'nın 301.maddesinde haber verme veya alma amacıyla yer verilmemiştir. Gerek bu sınırlamanın gerekse yukarıda belirtilen hakkın kullanılmasının sübjektif varlığını arayan düzenlemenin amacına ulaşmış olduğunun tespiti için “*eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*” ibaresinin yerindeliği incelenmelidir.

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken konu, eleştiri hakkının bir hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, hakkın kullanımının ayrıca özel hükümlerde düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı sorunudur.⁵⁰⁴ Eleştiri hakkı, Türk Ceza Kanununda “*eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*” ibaresi

⁵⁰³ Zeki Hafizoğulları, “Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:55, 2004, s.98.

⁵⁰⁴ “Bu konu, 3.8.2002 tarihli 4771 sayılı Kanunla 159.maddeye yapılan bir ilave nedeniyle gündeme gelmiştir. Buna göre: “*Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.*” Böylece eleştiri hakkının kullanımının, fiilin suç sayılmasını, dolayısıyla cezalandırılmasını engellediği hususu açıkça madde metnine girmiştir. Bunun gerekçesi de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Maddeyle, birinci fıkrada belirtilen organları ve kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece yazılı, sözlü veya görüntülü olarak eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezayı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliği taşıyan düşünce açıklamalarının cezalandırılmaması öngörülmüştür.*”” Sancar, s.221-222. 1.6.2005 tarihli TCK'nın 218.maddesinin ilk halinde “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*” düzenlemesi yer almamıştı. Ancak, 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla söz konusu ibare maddeye eklenmiş ve yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “*... Bu maddeye eklenen bir cümle ile hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin özel bir şekli düzenlenmiştir. Her ne kadar Kanunun 26.maddesinin birinci fıkrasında genel olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiş ise de, çeşitli suçlar bağlamında bu hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak ayrıca hükümlere yer verilmektedir. Bu yöntem ile, hâkimin somut olayda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığını özellikle araştırması gerektiği vurgulanmıştır.*” TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:3, Sıra Sayısı:901, s.6 Bkz. Özgenç, s.279

olmasaydı da, TCK m.26/1 gereği hukuka uygunluk nedeni sayılacaktı.⁵⁰⁵ Doktrinde, söz konusu düzenleme, ceza hukuku açısından son derece anlamsız ve olması gerekenin bir tekrarı olduğu nedeniyle eleştirilmiştir.⁵⁰⁶ Peki, neden bilinenin tekrarı niteliğinde böyle bir düzenlemeye gerek duyulmuştur? Türk Hukukunda bu konu ilk olarak 3.8.2002 tarihli 4771 sayılı Kanunla 159.maddeye yapılan *“Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”* hükmüyle gündeme gelmiştir. Böylece eleştiri hakkının kullanımının, fiilin suç sayılmasını, dolayısıyla cezalandırılmasını engellediği hususu açıkça madde metnine girmiş ve bunun gerekçesi de şu şekilde ifade edilmiştir: *“Maddeyle, birinci fıkrada belirtilen organları ve kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece yazılı, sözlü veya görüntülü olarak eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezayı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliği taşıyan düşünce açıklamalarının cezalandırılmaması öngörülmüştür.”*⁵⁰⁷

5237 sayılı TCK’nın ilk halinde böyle bir ibare yer almamış, ancak TBMM Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, İktidar ve Anamuhalefet Partisine mensup milletvekilleri tarafından verilen bir değişiklik önergesi üzerine, *“Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”* hükmü madde metnine eklenmiş ve bu değişikliğin gerekçesi; önerge metninde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Eleştiri hakkı Anayasamızda güvence altına alınan ifade özgürlüğünün doğal bir parçası olup, kişilerin bu hakkı kullanmaları sonucu ortaya koydukları düşüncelerin suç oluşturmayacağı açıktır. Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, ağır, sert veya incitici nitelikte de olsa, eleştiri hakkı kullanıldığında kişiye yaptırım uygulanamayacağı çoğulcu demokrasilerin vazgeçilmez bir gerçeğidir. Kuşkusuz ki, eleştiri hakkının kullanıldığı bütün hallerde suç oluşmayacağı; diğer bir deyişle söz konusu hakkın sadece bu maddedeki suçlar yönünden değil, tüm suçlar için gerekli olduğu açıktır. Nitekim Tasarının 26.maddesinde de “hakkını kullanan kişiye ceza verilmeyeceği” öngörüülerek, eleştiri hakkı da dahil olmak üzere bu konuda genel bir hüküm bulunmaktadır. Ancak 30.7.2003 tarihli 4963 sayılı Kanunla, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun,*

⁵⁰⁵ Artuk, s.243

⁵⁰⁶ Sancar, s.223.

⁵⁰⁷ Sancar, s.221-222.

159.maddesine eklenen son fıkrasına Tasarıda yer verilmemesinin yanlış anlamalara ve uygulamalara neden olabileceği düşünülerek, maddeye bu hususun dördüncü fıkra olarak açıkça yazılması gerekmiştir.”⁵⁰⁸ Doktrinde ise, kanun koyucunun eleştiri hakkını vurgulamak için böyle bir düzenleme yaptığı belirtilmiş⁵⁰⁹ ve böyle bir düzenlemenin konuya verilen önemin göstergesi olduğu ileri sürülmüştür.⁵¹⁰ Gerçekte, böyle bir düzenlemeye yer verilerek, uygulamaya ilişkin çok ciddi bir soruna da işaret edilmekte; bu maddenin eleştiri hakkının kullanıldığı pek çok durumda devreye sokularak, düşünceyi açıklama özgürlüğünün önünde bir engel olarak kullanıldığı vurgulanmakta ve uyarı yapılmaktadır.⁵¹¹ Keza, Yargıtay da verdiği bir kararda, ifade özgürlüğünün ceza hukuku uygulamasında yeterince korunamadığını ve özellikle milli değerler söz konusu olduğunda, evrensel bakışa uygun bir korumaya kavuşturulmaması nedeniyle Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde böyle bir düzenlemenin yapıldığını, ancak uygulamanın bu değişim ve gelişimi yeterince kavrayamadığını ve eleştiri hakkının vazgeçilmezliğini kararlara yansıtamadığını vurgulamıştır.⁵¹² Kanaatimizce böyle bir düzenleme yapılması kanunun uygulayıcılarına duyulan güvensizliğin göstergesidir ve ceza hukuku sistematigiyle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, eleştiri hakkı, kanuna eklenecek gereksiz ilavelerle değil verilecek kararların gerekçelerinde vurgulanmalıdır. Doktrinde de

⁵⁰⁸ 1.6.2005 tarihli TCK’nın 218.maddesinin ilk halinde “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” düzenlemesi yer almamıştı. Ancak, 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla söz konusu ibare maddeye eklenmiş ve yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “... Bu maddeye eklenen bir cümle ile hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin özel bir şekli düzenlenmiştir. Her ne kadar Kanunun 26.maddesinin birinci fıkrasında genel olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiş ise de, çeşitli suçlar bağlamında bu hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak ayrıca hükümlere yer verilmektedir. Bu yöntem ile, hâkimin somut olayda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığını özellikle araştırması gerektiği vurgulanmıştır.” TBMM, Dönem:22,Yasama Yılı:3, Sıra Sayısı:901, s.6 Bkz. Özgenç, ss. 279-280.

⁵⁰⁹ Artuk, s.243; Şen, s.97.

⁵¹⁰ Tepe, s.128.

⁵¹¹ Sancar, s.223.

⁵¹² Yargıtay, “Bu ilavelerin esasen “olmazsa olmazın” gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu doktrinde açıklanarak, eleştiri hakkının evrensel ve anayasal boyutuna işaret olunmuş ise de ifade özgürlüğünün Türk Ceza Yargısı uygulamasında yeterince korunamaması ve özellikle milli değerler söz konusu olduğunda, evrensel bakışa uygun bir korumaya kavuşturulamaması nedeniyle, Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde, üçüncü uyum paketi kapsamında 4771 sayılı yasanın 7.uyum paketi kapsamında da 4963 sayılı yasanın şekillendirildiği hatırlanmalıdır. Ancak üzücüdür ki Türk Ceza Hukuku uygulaması, bu değişim ve gelişimi de yeterince kavrayamamış ve eleştiri hakkının vazgeçilmezliği kararlara yansıtamamıştır.” Yargıtay 9.CD., 10.11.2003, 1839/2041, Tarhan, s.617. Yargıtay’ın bu tespitlerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin özel bir görünümü olarak niçin ayrıca ve açıkça, hem de özel hükümler bölümünde düzenlendiği ortaya konulmamakta aynı zamanda üzerinde durulması ve teorik bağlamda tartışılması gereken bir takım noktaları işaret ettiği hakkında Bkz. Tepe, s.128.

ifade özgürlüğünün bir uzantısı olan eleştiri hakkının kullanıldığı durumda zaten bir suçun varlığından söz edilemeyeceği belirtilmiş; ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde fiilin suç olmayacağı ortadayken ve bu herkes tarafından bilinen apaçık bir şeyken bu ilavenin yapılması ironik olarak değerlendirilmiş ve kanun koyucuya böyle bir düzenleme yapmaya uygulamanın tutumunun neden olduğu vurgulanmıştır.⁵¹³ Bu görüşe göre; siyasal alandaki değişim ve dönüşümlere, özgürlükler alanındaki yasal ya da yorumsal yumuşama ya da sertliklere göre bu maddelerin uygulanmasında farklılıklar yaşanmakta; maddenin uygulanması, devletin yapısına, özgürlüklerle bu özgürlüklerin sınırları arasındaki anlayış farklılıklarına göre biçimlenmekte; maddede sayılan kurumlara özellikle de devlet işlerini idare eden hükümete yönelik eleştiriler arttıkça, bu eleştirilere karşı demokratik bir sistemde olması gereken müsamaha azaldıkça, maddenin uygulanması da daha sık ve sert biçimde gündeme gelmektedir.⁵¹⁴

Türk Ceza Kanununda “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklaması*” m. 218 ve m. 301 olmak üzere iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, “*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama*”yı düzenleyen TCK’nın 301. maddesindeki düzenlemedir. TCK m. 301/1-2’ye göre, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını ve Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiş, ancak 3. Fıkra da eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Diğer düzenleme TCK’nın 5. Bölümünde düzenlenen “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*”da “*Ortak Hüküm*” olarak düzenlenen 218. maddede yer almaktadır. Buna göre, Kamu Barışına Karşı Suçlar Bölümünde, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (m. 213), suç işlemeye tahrik (m. 214), suçu ve suçluyu övme (m. 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama (m. 216), kanunlara uymamaya tahrik (m. 217) düzenlendikten sonra 218.maddede haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. O halde tartışılması gereken bir diğer konu, TCK’nın 5.Bölümünde düzenlenen “*Kamu Barışına Karşı Suçlar*”da “*Ortak Hüküm*” olarak 218.maddede ve “*Türk Milletini,*

⁵¹³ Sancar, s.222.

⁵¹⁴ Sancar, s.222.

Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama”yı düzenleyen TCK’nın 301.maddesinin üçüncü fıkrasında; “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*” şeklinde düzenlemeye yer verilirken, hakaret suçunu düzenleyen TCK’nın 125.maddesinde ve cumhurbaşkanına hakareti düzenleyen TCK’nın 299.maddesinde, neden böyle bir düzenlemeye yer verilmediğidir. Gerçekten ifade özgürlüğü özelinde eleştiri hakkı bu suçlar açısından daha mı değersiz görülmektedir? Esasen, bu çelişkiyi gözden kaçırmamakta, ancak, zaten TCK’nın 218. ve 301. maddelerinde yer alan “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*” ibaresini doğru bulmadığımız için bu tartışmayı da faydalı bulmamakta ve burada sonlandırmaktayız.

Bu bağlamda tartışılması gereken bir başka konu, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin kanunda düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı meselesidir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda “*hakkın kullanılması*” düzenlemesi yer almamaktaydı. Ancak, hukuk düzenince tanınan bir hakkın kullanılması durumunda bu fiilin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılmaktaydı.⁵¹⁵ Alman Ceza Kanununda da hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten, ceza hukuku dışındaki hukukun başka bir dalı tarafından izin verilen fiil hukuka aykırı olarak nitelendirilemez.⁵¹⁶ Keza, hukukun didaktik amaçlı olarak ve uygulamada işbölümü kolaylığı sağlaması itibariyle çeşitli disiplinlere ayrılması, bu disiplinler arasında hukuka uygunluk veya hukuka aykırılık açısından farklı ölçütlerin olduğu anlamına gelmemektedir.⁵¹⁷ Kaldı ki; ceza hukukuna aykırılık, medeni hukuka aykırılık ya da idare hukukuna aykırılık deyimlerinde olduğu gibi, hukuka aykırılık, ihlal edilen hukuk normlarının adı ile anılabilmekte ve hukukun bu dalları bakımından sonuç doğurabilmekle birlikte, hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin bütünü bakımından hüküm ifade etmektedir.⁵¹⁸ Dolayısıyla bir davranışın sadece belli bir hukuk disiplinine aykırı, ancak diğer hukuk disiplinlerine uygunluğundan söz edilemeyeceğinden,⁵¹⁹ genel hükümlerde “*hakkın kullanılması*” düzenlemesi yer almasa da kişi zaten anayasal düzenlemeye sahip ifade özgürlüğü gereği cezalandırılmayacaktır.

⁵¹⁵ Centel ve diğerleri, s.326.

⁵¹⁶ Uruşak, s.60.

⁵¹⁷ Özgenç, s.270.

⁵¹⁸ Katoğlu, s.23.

⁵¹⁹ Özgenç, s.270.

Yukarıda gerek TCK 218 ve 301. maddelerinde yer alan “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları cezalandırılmaz.*” gerekse de TCK’nın 26.maddesinde düzenlenen “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” hükümleri olmasa dahi kişinin ifade özgürlüğüne ve onun özel bir görünümü olan eleştiri hakkına sahip olduğunu belirttik. O halde, kanunda eksik bir düzenleme söz konusu değildir. Hatta, gerekli olmadığı halde tekrar niteliğinde düzenlemelere yer verilerek “*eleştiri hakkı*” daha da pekiştirilmiş ve vurgulanmıştır. Ancak burada, esas problem, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde uygulamada yaşanan “*eleştiri*” ile “*tahkir ve tezyif*” kastını⁵²⁰ ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise “*eleştiri*” ile “*aşağılama*” kastını ayırt etme noktasındaki güçlük ve isteksizlikten kaynaklanmaktadır.⁵²¹ Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, “*eleştiri*” ile “*hakaret veya aşağılama*” kastına ilişkin ayrımları yapabilmek için gerekli kriterleri belirleyeceğiz. Ancak burada temel haklar bağlamında bir hususa dikkat çekmekte yarar vardır: Bir temel hakkın korunma güvencesi içerisinde telakki edilen eylem aynı zamanda başka bir temel hak açısından ihlal neticesi doğurabilmektedir.⁵²² Dolayısıyla aslında bir boyutuyla TCK m.26/1’den yararlanacak eylem, diğer boyutuyla başka bir temel hakkı ihlal ettiği gerekçesiyle, eylemin kendisine kaynaklık teşkil eden yani eyleyene güvence sunan temel hakkın sınırları dahilinde kalıp kalmadığını tartışma konusu haline getirebilmektedir.⁵²³ Roma Hukukunda kaynağını bulan “*Qui iure suo utitur, neminem laedit*” yani *bir kişi hakkını kullanıyorsa başka bir kişiye zarar vermez* ilkesi⁵²⁴ bu bağlamda incelenmeye değerdir. Gerçekten doktrinde de, eleştiri sınırını aşmayan düşünce açıklamalarının cezalandırılmayacağına nasıl bağdaştırılacağına tartışmalı olduğu ileri sürülmüştür. Zira 765 sayılı Kanun döneminde söz konusu maddede yer alan maddi unsurun tahkir ve tezyif durumuna ulaşmayan “*aşağılama*” eylemi olduğu ve bu durumda iki

⁵²⁰ Eleştiri ile anayasal organları aşağılama arasındaki sınırın çizilememesi problemi, Dink kararında karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Y.CGK, 11.07.2006, E.2006/9-169 K.2006/184.

⁵²¹ Sancar, s.222. Burada önemli bir diğer nokta, bir norma asıl anlamını veren yargı organı yine başka bazı hassasiyetleri ön plana çıkararak, eleştiri hakkının kullanımı kapsamında sayılması gereken birçok düşünce açıklamasını ve eleştiriye suç sayabilir, hatta yasama organının yaptığı bu uyarı, daha katı bir uygulamanın ortaya çıkmasını da sonuçlayabilir. Elbette yorumda kanun koyucunun iradesi zorunlu ve tek ölçüt değildir, ancak özellikle bu iradenin açıkça okunmasının mümkün olduğu ve bazı ibarelerin ayrıca vurgulandığı durumlarda onu hesaba katmamak, yargının hukuk devletindeki konumu ve işleviyle bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Sancar, s.223.

⁵²² Tepe, s.132.

⁵²³ Tepe, s.132.

⁵²⁴ Uruşak, s.46.

birbirini tüketen normu içeren düzenlemeden söz edildiği belirtilmekteydi.⁵²⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunuyla terimler farklılaşsa da, bahsedilen durum değişmemiştir. Gerçekten burada trajik bir seçimle karşı karşıyayız: ya ifade özgürlüğü tercih edilerek insan onuru feda edilecek ya da tam tersi söz konusu olacaktır.⁵²⁶ İşte asıl mesele, ifade özgürlüğü ile onurun(ya da itibarın) birbiriyle karşılaştırılıp karşılaştırılamayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. O halde burada “*değerler hiyerarşisi*”nden yararlanarak sorunu çözebilir miyiz? Eğer değerler hiyerarşisi sorunu çözmede yetersiz kalırsa, “*hakların çatışması*” teorisinden yola çıkarak hangi durumda hangi hakka üstünlük tanınacağı nasıl belirlenecektir? İşte, aslında hakkın kullanılmasının özünden kaynaklanan bu sorun çalışmamızın ana eksenini oluşturacaktır. Ancak bu soruların kaynağı her ne kadar eleştiri hakkının hukuki niteliğinden ortaya çıksa da, hakkın hukuki niteliği bu sorulara ve sorunlara cevap vermekte yetersiz kalmaktadır. O halde, biri hukuk felsefesini ilgilendiren hangi değere üstünlük verileceği sorunu ile diğeri anayasa hukukunu ilgilendiren hakların çatışması durumunda hangi hakka üstünlük tanınacağı sorunsalı ancak disiplinler arası bir çalışmayla ortaya konulabilir. Bu bağlamda; tarihsel, sosyolojik ve antropolojik veriler açısından bu sorular ve sorunlar aşağıdaki bölümlerde değerlendirilecektir.

2.6. ELEŞTİRİ HAKKININ KAPSAMI, SINIRI VE FARKLI DEĞERLER SİSTEMİ

2.6.1. Doktrinde Öngörülen Koşullar Ve Bu Koşulların İsabetsizliği

Anayasal güvence altında bulunan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün bir parçası olan haber verme ve eleştiri hakkına ilişkin getirilen ölçütler ile bu hakların içerikleri ve sınırları doktrinde bir arada sunulmaktadır. Gerçekten gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında bir olayın haber olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla haber verme ve eleştiri hakkından faydalanabilmesi için, olayın gerçek olması,

⁵²⁵ Can, Kutsallar, s.330.

⁵²⁶ Steven J. Heyman, **Free Speech and Human Dignity**, Yale University Press, 2008, s.1.

güncel olması, kamusal ilgi ve yararın bulunması ve son olarak da verilen haber/olay ile işlenen suç arasında düşünsel bir bağ bulunması aranmaktadır.⁵²⁷

Doktrinde hâkim olan görüşe göre; eleştiri hakkı, haber verme hakkının bir nev'i olarak görülmekte, bu bakımdan haber verme hakkı açısından yapılan açıklamaların eleştiri hakkı bakımından da söz konusu olduğu ileri sürülmektedir.⁵²⁸ Gerçekten bilgilendirme ve haber verme hakkının eleştiri hakkını da içerdiği belirtilmektedir.⁵²⁹ Bu durumun isabetli olup olmadığının tespiti için öncelikle haber verme hakkı çerçevesinde basın nasıl davrandığı tespit edilmelidir.

Basın bir haberi verirken toplumsal ilgi ve dikkat çekici olma kapsamında bazen abartabilmekte, kullandığı ifadeler ve sunuş tarzı itibarıyla baştan da yaratabilmektedir.⁵³⁰ Basın, haber verme çerçevesinde⁵³¹ üç farklı biçimde davranabilir⁵³²: 1) Basın somut gerçeklik/doğruluk ilkesi gereği hiçbir değerlendirme ve eleştiri yapmadan haberi aktarabilir. 2) Basın herhangi bir olay açıklaması yapmadan salt eleştiri veya değer yargısında bulunabilir. 3) Basın bir yandan olayı/haberi aktarırken diğer yandan olaya ilişkin değer yargısında veya eleştiride

⁵²⁷ Bayındır ve Apiş, s.91; Centel ve diğerleri, s.231; Muharrem Özen, “Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı”, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (Eleştiri Hakkı), s.327; Tezcan ve diğerleri, s.513; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.494; Özek, Türk Basın Hukuku, s.163; Soyaslan, s.321; Tarhan, s.238. Nitekim Yargıtay da, “Temelini Anayasanın 28 ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakkının kabulü için, açıklama veya eleştiriye konu olan haberin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması gerekir.” Diyerek haber verme hakkının unsurlarına yer vermiştir. Bkz. YCGK, 3.11.2009 tarih, E. 2009/9-190 K. 2009/253 <https://rahmiofluoglu.wordpress.com/8656-2/>, (02.06.2015). Ayrıca Yargıtay, “Sanıkların suç konusu yazıda sözü edilen olayların daha önceden Konya ilinde yayımlanan “Türkiye’de Y....” isimli günlük gazetenin 1.5.1989 ve 24.5.1989 tarihli nüshalarında çıkan yazılardan ve diğer haber kaynaklarından derlendiği yolundaki savunmaları ve katılan hakkında yazılan yazının içeriği karşısında; haberin gerçeklik derecesinin araştırılmak, büyük ölçüde doğrulandığı takdirde güncellik, okuyucunun gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bilinmesinde kamu yararı bulunması, kamuoyunun aydınlatılması, işlenen suç ile içerdiği düşünce arasındaki bağlantının varlığı açılarından değerlendirilmek, bu konularda gerektiğinde bilirkişilerden de düşünce alınmak suretiyle, yazının haber verme çerçevesinde ve niteliğinde bulunup bulunmadığının tartışılması gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” diyerek haber verme hakkının unsurlarının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir. Y.4.CD., 08.10.1991, E.1991/ 421 K.1991/5624, www.kazanci.com, 03.06.2015.

⁵²⁸ Erman, s.170. Haber verme hakkı bakımından geçerli olan hususların eleştiri hakkı bakımından da geçerli olacağı hakkında Bkz. Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.494.

⁵²⁹ Centel ve diğerleri, s.231.

⁵³⁰ Gürkan Özocak, “Türkiye’de Siyasi İktidarın Mizahla İmtihani: İfade Özgürlüğü ve Karikatür”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:94, 2011, s.284.

⁵³¹ Haber verme niteliği söz konusu olduğunda burada kullanılan haber kelimesinin geniş anlamda kullanıldığı yönünde Bkz. Özek, Türk Basın Hukuku, s.162.

⁵³² Bayındır ve Apiş, s.91.

bulunabilir. Dolayısıyla basın her zaman sadece haber aktarmakla kalmamakta, bununla birlikte veya bundan bağımsız olarak bir değerlendirme de yapmaktadır.

Dolayısıyla haber niteliğinde olan bir olayın aktarımı söz konusu olduğunda haber verme hakkının esaslarından bahsedilecektir. Bunun dışında, bir değer yargısında bulunulduğunda haber verme hakkı çerçevesinde değil, eleştiri hakkı çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Dolayısıyla haber verme ve eleştiri hakkı her ne kadar kimi zaman iç içe geçse ve birlikte değerlendirilse de, gerçekte kapsamı, sınırları ve koşulları açısından birbirinden farklılaşmakta ve ayrılmaktadır. O halde, bir haber aktarılmadan ya da daha önceden herhangi bir şekilde aktarılan bir haber hakkında değerlendirmede bulunulduğunda haber verme hakkı değil, eleştiri hakkının koşulları değerlendirilecektir. Nitekim, burada basın, herhangi bir olay açıklaması yapmamakta; sadece değer yargısında bulunmaktadır.⁵³³ Her ne kadar doktrinde haber verme hakkının, haberi öğrenme ve toplama hakkı, haber verme ve yorumlama hakkı ile haberi yazıya dökme ve yayma hakkı olmak üzere üç unsuru olduğu kabul edilmekteyse de⁵³⁴ kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira, eleştiri hakkı haber verme hakkının unsuru değil, haber verme hakkından ayrı ve bağımsız bir haktır. Haber verme hakkı, adli, siyasi ya da kişilerin resmi ve özel iş ilişkilerinin verilmesini kapsamaktayken,⁵³⁵ eleştiri hakkı bir olayın kamuoyuna aktarılmasını değil, bir değer yargısında bulunmayı kapsamaktadır. Dolayısıyla eleştiri hakkından yararlanılabilmesi için her zaman basın aracılığıyla bu hakkın kullanılması gerekmemektedir. Her ne kadar bir haberin verilmesinin o habere konu olayın eleştirilmesi, yorumlanması ve incelenmesini de kapsadığı ileri sürülmekteyse de⁵³⁶ her iki hakkın sınırları ayrılarak değerlendirilmesi elzemdir.

Nitekim Yargıtay'da *"haber gerçelik derecesini araştırmak, büyük ölçüde doğrulandığı takdirde güncellik, okuyucunun gereksiz merak duygularını doyurma yerine bilinmesinde kamu yararı bulunması, kamuoyunun aydınlatılması işlenen suç ile içerdiği düşünce arasındaki bağlantının varlığı açılarından değerlendirilmek suretiyle yazının haber verme çerçevesinde ve bu haberin çerçevesini aştığı takdirde eleştiri bağlamında kalıp kalmadığının tartışılması"*

⁵³³ Fikret Eren, **Borçlar Genel Hukuku**, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s. 768.

⁵³⁴ Sulhi Dönmezer, **Basın Hukuku Cilt: 1**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1958, s. 61.

⁵³⁵ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s.141.

⁵³⁶ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s.141.

gerektiğini vurgulayarak haber verme ve eleştiri hakkının farklı mahiyetlerinin olduğunu vurgulamıştır.⁵³⁷ Ancak ne doktrinde ne de uygulamada eleştiri hakkı için ayrı ölçütler geliştirilmiş ve uygulanmıştır. O halde, öncelikle haber verme hakkının koşulları incelenmeli ve sonrasında bu koşulların eleştiri hakkı açısından neden uygun olmadığı tespit edilmelidir.

2.6.1.1. Gerçeklik

Doktrinde haber verme ve eleştiri hakkı bakımından aranan ana ölçüt gerçek olma şartıdır.⁵³⁸ Gerçek olmadan anlaşılması gereken, somut anlamda gerçeklik değil, o anda var olan maddi gerçekliğin varlığıdır.⁵³⁹ Dolayısıyla buradaki gerçeklik mutlak gerçeklik olmayıp görünüşteki gerçekliktir.⁵⁴⁰ O halde gerçeklik, olayın vuku buluşuna ilişkin uygunluk olarak anlaşılmalıdır.⁵⁴¹ Nitekim Yargıtay’a göre de, *“Gerçeklik” dairemizin sayısız kararında açıklandığı üzere, haberin ve bir olaya dayanan eleştiride olayın gerçeğe uygun olmasını ifade eder. Ancak buradaki gerçekliğin somut gerçeği değil, olayın haber verildiği andaki veriliş biçimine uygunluk şeklinde anlaşılması gerekir. Gerçeklik verilen habere ya da ulaşılmak istenen amaca ve hedefe konu olan içeriğin, yayın sırasında olayla ilgili durumuna uygunluk anlamına gelmektedir. Özetle “gerçeklik” olayın varlığının gerçek olması anlamına gelir. Yayının ancak olayın maddi gerçekliği saptandıktan sonra verilebileceği kabul edilecek olursa, haber verme hakkı sınırlandırılmış olur. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkarılması zaman alır. Gazeteci de maddi gerçeği araştırmak*

⁵³⁷ Y.4.CD., 10.11.1997, E:1997/9060 K:1997/ 9712. Yargıtayın bir başka kararında bu husus *“karikatür dalında Türkiye çapında ün yapın katılanların, etkinlik gösterdikleri meslek alanlarını ve mesleklerini değerlendirmede gerekli olmayan ya da okurların gereksiz merak duygularını doyurmaya yönelik söz ve suçlamaların eleştiri ve haber sınırlarını aşacağı, haber ve bilgiler gerçek olsalar bile, bunların eleştiri ve haber sınırları içinde kalmaları için, bilinmesinde kamu yararının ve halkı aydınlatma işlevinin bulunması gerektiğinin gözetilmesi ve küçük düşürücü suçlamaları haber verme, eleştirme ve bilgilendirme hakları çerçevesine indirgeyen, ve eylemi hukuka uygun kılan bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılarak değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması”* şeklinde vurgulanmıştır. Y.4.CD., 23.09.1992, E.1992/ 5002 K.1992/5777, www.kazanci.com, (06.06.2015).

⁵³⁸ Bu duruma, İtalyan Yargıtayının 1982 tarihinde verdiği bir karar örnek olarak verilmektedir: Gazeteci bir olayı eleştirmeden önce bunun gerçekten olup olmadığını titizlikle araştırmalı, gerçek olduğuna dair delilleri topladıktan sonra eleştiriye kalkışmalıdır. Bkz. Erman, s.170.

⁵³⁹ Tarhan, s.398. Maddi gerçeğin ortaya çıkması zaman alacağından ve gazeteci de maddi gerçeği ortaya çıkarmak göreviyle yükümlü olmadığından sadece o an var olan gerçekliğin aranması gerektiği hakkında Bkz. Özek, Türk Basın Hukuku, s.162.

⁵⁴⁰ Arısoy, s.176.

⁵⁴¹ Özek, Türk Basın Hukuku, s.162.

ve ortaya çıkarmak göreviyle yükümlü değildir.”⁵⁴² O halde, kişilik hakkını ihlal eden açıklama gerçek değilse, hayal ürünü bir olaya veya düzmece nitelikteyse her durumda hukuka aykırıdır ve haber verme hakkından yararlanamaz.⁵⁴³

Gerçek olma şartı bakımından incelenmesi gereken iki önemli husus söz konusudur. Bunlardan ilki, olayın gerçek olduğunu belirlemek bakımından ele alınacak zaman diliminin tespiti, ikincisi olayı aktaran kişinin yanlışmasının etkisine ilişkindir.⁵⁴⁴ Olayın gerçek olduğunu belirlemek açısından olayın verildiği zaman diliminin, yani olayın verildiği zaman bilinen ve mevcut olan şart ve durumların gerçek olmasının aranması gerektiği, aksinin kabulünün gazetelerin kesinleşmiş mahkumiyet hükmü yayınlayan hukuk dergileri haline gelmesine sebep olacağı ileri sürülmüştür.⁵⁴⁵ Nitekim doktrinde hâkim olan bu görüşe göre, olayı aktaranlar haberin verildiği andaki durumu araştırmakla yükümlüdür ve değişen koşulların haberi gerçek olmaktan çıkarması durumu değiştirmemektedir.⁵⁴⁶

⁵⁴² YHGK, 21.06.2000, E: 2000/4-983 K: 2000/1054, www.kazanci.com.tr, 12.06.2015.

⁵⁴³ Kılıçoğlu, s.163 Buna karşılık İngiliz ve Amerikan hukukunda gerçek dışı açıklama yapılış maksadı dikkate alınarak bir imtiyazdan yararlanıyorsa, yine hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Bkz. Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Ankara, 2004, s.57. “Sanık tarafından kaleme alınan ve özetle; müteahhit olan katılanın, şehir stadının ihalesi sırasında bir milletvekiline 15 milyarlık çek verdiği ve ihalenin iptali sonrasında bu çekin milletvekili tarafından icraya verildiğine yönelik açıklamaların yer aldığı yazısının okuyucular üzerinde katılanın rüşvet vererek ihale aldığı izlenimini verecek nitelikte olduğu, sanığın “icra takibinin yapıldığını tespit ettim, ancak herhangi bir belge alamadım” biçimindeki savunması ile, Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü’nün “katılanın şehir stadyumu onarım ihalesine katılmadığına” dair yazısı ve icra müdürlüklerinden alınan bilgiler doğrultusunda anılan hususta takip bulunmadığının anlaşılması karşısında gerçekliği bulunmayan haberin verilmesinde küçültücü değer yargılarının bulunduğu ve suçun hukuka aykırılık ögesinin oluştuğu gözetilmeden sanığın hükümlülüğü yerine yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” Y.4.CD.; 12. 12. 2006 tarih ve 2005/8063 E. 2006/17603 K. Bkz. Arısoy, s.175.

⁵⁴⁴ Erman, s.155.

⁵⁴⁵ Aydın, s. 899; Centel ve diğerleri, s.231; Erman, s.155. Olayın verildiği andaki şartları esas almanın masumiyet karinesine aykırı olup olmayacağı ise ayrı bir sorundur. Örneğin, belli bir suçu işlediği için gözaltına alınan, daha sonra adliyeye sevk edilen ve tutuklanan ve hatta uzun yıllar yargılanan birine ilişkin bir haberin verildiğini varsayalım. Her ne kadar AİHS m.6/2’de yer alan “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.” ve Anayasanın m.38/2 uyarınca, “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” ibaresi yer alsada uzun yıllar bir suç şüphesiyle haberlerde yer alan bu kişilere toplumda “suçsuzluk karinesi” esas alınarak bakıldığı söylenebilir mi? Gerçekten suçsuzluk karinesi, “adil yargılanma hakkının unsuru olarak sadece resmi makamlar önünde değil, bunların yanı sıra üçüncü kişiler huzurunda da ileri sürülebilen toplumsal yaşamın devamlılığı açısından gerekli temel bir hukuk prensibidir.” Dolayısıyla üçüncü kişiler de suçsuzluk karinesini ihlal edemezler. Bu noktada, basın özgürlüğü ile suçsuzluk karinesi karşı karşıya gelmektedir. O halde, gerçekte burada da dengeleme konusunda bir yandan olayın verildiği zaman dilimi esas alındığında suçsuzluk karinesi tehlikeye girmekte, diğer yandan, olay güncelliğini yitirmektedir.

⁵⁴⁶ Centel ve diğerleri, s.231. Haberin veriliş zamanındaki durumun araştırılması zorunlu olduğundan bu konuda en ufak bir yanlışlık mazur görülmemektedir Bkz. Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.494.

2.6.1.2. Güncellik

Doktrinde kamu yararı gereği bir haberin en kısa sürede verilmesi gerektiğinden, olayın gerçek olması kadar güncel olmasının da önemli olduğu belirtilmiştir.⁵⁴⁷ Nitekim, olay unutulduktan sonra haberin duyurulmasında ne yayının objektifliğinden ne de kamunun menfaatinin kaldığından söz edilebilir.⁵⁴⁸ Eski bir olay ise ancak toplumda yeniden önem kazanmasıyla veya kamu yararını gerektirmesi halinde haber konusu olabilir.⁵⁴⁹ Yargıtay da, benzer olayların meydana gelmesinin eski bir kaçakçılık olayının güncel sayılması için yeterli görmüştür.⁵⁵⁰ Üzerinden zaman geçmiş ve unutulmuş olan ve hatta başka bir güncel olayın da bu olayı çağrıştırmaması halinde hakkın icrasından söz edilemez.⁵⁵¹

Güncellik konusunda, kamusal ilginin merkezinde bulunan kişiler açısından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira, olayın güncelliği hususunda, yönetici kimliği olan veya toplumda söz sahibi kişiler (siyasi parti üyeleri ya da liderleri gibi) açısından bir istisna getirilmiştir.⁵⁵² Buna göre, kamusal ilginin merkezinde bulunan kişilere ilişkin basında yer alan bir olayın hangi tarihte gerçekleştiğinin yani güncel olup olmamasının bir önemi yoktur.⁵⁵³ Dolayısıyla toplumda her zaman bu ilgiye maruz kalan devlet adamları, politikacılar, sanatçılar vb. kişiler için ayrıca olayın güncel olmasına gerek olmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ Bayındır ve Apiş, s.94; Centel ve diğerleri, s.232; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.494. Nitekim basının olayları olabilecek en kısa sürede vermesi onun görevi olduğu kadar yükümlülüğü de olduğu hakkında Bkz. Özek, Türk Basın Hukuku, s.162.

⁵⁴⁸ Centel ve diğerleri, s.232; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler s.494; Özek, Türk Basın Hukuku, s.162. Nitekim Yargıtay da “gerçekten güncel olmayan bir olayın aktarılmasında kamu yararı bulunamaz. Çünkü unutulmuş, hazırlanmasında yarar görülmeyen geçmişteki bir takım davranışların gündeme getirilmesinde böyle bir yarar düşünülemez” görüşündedir. Y.4.HD., 26.01.1989, 6431/424 sayılı karar için Bkz. Çalışır ve Çalışır, s.137.

⁵⁴⁹ İlkiz s.55

⁵⁵⁰ Nitekim Yargıtay’a göre, “kaçakçılık olayları sürekli günceldir. Bu nedenle davacı gazetecinin aradan çok uzun bir süre geçmiş olsa bile(sekiz on sene) yeraltı dünyasının yasa dışı işlere karışmış bir eski silah kaçakçısının ihbar mektubunu veya ifadesini gündeme getirmesi meslek görevi olarak kabul edilmelidir.” Y.4.HD, 30.10.1984, 5561/7982 Bkz. Centel ve diğerleri, s.232.

⁵⁵¹ Tarhan, s.398.

⁵⁵² Ayrıca haberin güncel oluşu ile olayın güncel oluşu arasında fark olduğu, bunun aksinin kabulü halinde, kamuoyu tarafından unutulmuş bir olayın, çeşitli fırsatlarla tekrar tekrar açıklanmasına ve bir kimseye tekrar tekrar hakaret edilmesine imkân sağlayacağı hakkında Bkz. Bayındır ve Apiş, s.94.

⁵⁵³ Tarhan, s.398

⁵⁵⁴ Tarhan, s.399.

2.6.1.3. Verilmesinde Kamu İlgisi ve Yararının Bulunması

Olayın ya da haberin verilmesinde aranan bir diğer ölçüt kamu ilgi ve yararının bulunmasıdır. Kamu yararı bir haberin oluşması için en önemli unsurdur.⁵⁵⁵ Nitekim kamusal yarar unsurunun aranması, haber verme hakkının bir görev oluşu mantığının doğal sonucudur ve gerçeklik kamu yararı sonucu anlam kazanmaktadır.⁵⁵⁶ Ancak kamu yararının ne zaman bulunduğu tespitini yapmak oldukça zordur.⁵⁵⁷ Belirli bir dönemde belirli bir toplumda ahlak ve hukuka aykırı her davranışın bilinmesinde kamu yararı olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁵⁸

Olayın kamuyu ilgilendirmesi ve toplumsal ilgi ile anlatılmak istenen kamu yararının bulunmasıdır.⁵⁵⁹ Kamusal ilgi, toplumun gereksiz merak duygularını tatmin eden, uyandıran, besleyen, doyuran bir mekanizma değildir.⁵⁶⁰ Kamusal ilgi ve yararı iki açıdan gereklidir.⁵⁶¹ 1) Öncelikle yayınlanan olayın kamunun ilgi ve merakını çekmesi zorunludur. 2) Kamuoyunun merakının haklılığıdır-sadece kamunun ilgi duymasının yeterli olmayıp ayrıca bu ilginin tatmin edilmesi de gerekir.- Basının kamu yararını gözetip gözetmediğini tespit ederken haberin veya eleştirinin haber veya eleştiri konusu kişinin toplumdaki yeri ve görevi dikkate alınmaktadır.⁵⁶²

Bir olayın verilmesinde bir yanda kamu yararı bulunurken, diğer yanda kişinin onur ve itibarı bulunmaktadır. Bu iki menfaatten birinin tercih edilebilmesi için, her iki menfaatin de varlığı gerekli olduğundan, kamu yararının olmadığı veya pek hafif olduğu durumlarda haber verme hakkından veya bu hakkın üstünlüğünden bahsedilemez.⁵⁶³

O halde, kamu yararının bulunup bulunmadığının tespitinde, hâkim, dava konusu olayın okuyucunun soyut merakını mı gidermeye -Yargıtaya göre, marazi merak duygularını- yoksa üstün ahlaki ve hukuki değerlerin mi korunmasına yönelik

⁵⁵⁵ M.Özen, Eleştiri Hakkı, s.332.

⁵⁵⁶ Özek, Türk Basın Hukuku, s.164.

⁵⁵⁷ Erman, s.162.

⁵⁵⁸ Centel ve diğerleri, s.232. Nitekim bu görüşe göre, hukuka ve ahlaka aykırı her davranışta kamu yararının olduğunun kabul edilmesiyle bu tür hareketlerde bulunulmaması veya bunlara tepkisiz kalınmaması sağlanmış olur. Bkz. Erman, s.163.

⁵⁵⁹ Bayındır ve Apiş, s.95; Centel ve diğerleri, s.232.

⁵⁶⁰ Tarhan, s.399.

⁵⁶¹ Özek, Türk Basın Hukuku, s.162.

⁵⁶² Kılıçoğlu, s.230

⁵⁶³ Artuk ve diğerleri, s.418; Çalışır ve Çalışır, s.138; Erman, s.162. Özen, Eleştiri Hakkı, s.333.

mi hizmet ettiğini araştırma yapmalıdır.⁵⁶⁴ Ayrıca, olaya ilişkin kişinin sosyal mevki ve fonksiyonu da önemli olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁶⁵ Nitekim bu görüşe göre, kişinin mevkii ne kadar yüksekse ve görülen fonksiyon ne kadar önemliyse bu kişilerle ilgili haberlerin bilinmesinde o kadar kamu yararı vardır. Yargıtay verdiği bir kararda bu hususa vurgu yapmıştır: *“Bugüne kadar malvarlığı ile ilgili eleştiriler zaman zaman bütün siyasi kişiler için yapılmıştır. Siyaset adamlarının, kamuya açık nitelikleri gereği denetime ve eleştiriye bütün yönleri ile açık olmaları görevleri icabıdır. Bu kişiliklerin işlem ve davranışlarının eleştirilmesi ve ötesinde bu eleştirinin sert olması, kamusal ilgi ve kamusal yarar gereğidir. Hatta bu siyasi eleştirinin de doğası gereği sert ve kırıcı olabileceği kabul edilmelidir. Kullanılan ifadeler sert olsa da başbakan olan davacının malvarlığı ile alakalı davalının şüphelerini ifade etmek amacıyla kullandığı sert ve mecazi ifadeler olarak kabul etmek gereklidir. Eleştiri niteliğindeki bu ifadelerin yer aldığı haberde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”*⁵⁶⁶

Bununla birlikte, kamu yararı ilkesi, başkalarının düşüncelerini yaymaya yardımcı olan röportajlar söz konusu olduğunda karine olarak kabul edilmelidir.⁵⁶⁷ Özel hayatına ilişkin bir olayın bilinmesinde kamu yararının bulunmadığı belirtilmiştir.⁵⁶⁸ Nitekim bu durumlarda genellikle kişinin merakını tatmine yönelik şeyler söz konusudur. Ancak siyasetçi, sporcu, sanatçı gibi toplumun ilgisini çeken kişilerin özel hayatlarına ilişkin haberlere hoşgörü göstermesi gerekmektedir.⁵⁶⁹ Nitekim, bu kişilerin özel hayatları ve kamusal yaşamları birbirine sıkı bir şekilde bağlıdır. Bu durumda, kişinin özel hayatına ilişkin haber önemli ölçüde kamuyu ilgilendiriyorsa bu olayın verilmesi suç oluşturmayacağı,⁵⁷⁰ nitekim topluma mal olmuş, çeşitli alanlarda isim yapmış ve görevleri sebebiyle birçok kimse tarafından tanınmış kimselerin özel hayat alanları daha dar olduğu belirtilmiştir.⁵⁷¹ Hatta bu kişiler arasında siyasetçilere ayrı bir parantez açmak gerektiği, zira, siyasetçilerin

⁵⁶⁴ Artuk ve diğerleri, s.418; Erman, s.163; Tezcan ve diğerleri, s.515; Özen, Eleştiri Hakkı, s.333; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.494.

⁵⁶⁵ Artuk ve diğerleri, s.418; Erman, s.163. Nitekim HGK 2003 tarihli bir kararında, “bir kimsenin politik bir kimlik taşıması o kimsenin geçmişteki ve içinde bulunduğu durumunun topluma sunulması ve eleştirilmesinde kamu yararı bulunmaktadır.” demek suretiyle bu duruma işaret etmektedir. HGK, 29.01.2003, 2003/4-58, 2003/46 sayılı karar için Bkz. Özen, Eleştiri Hakkı, s.333.

⁵⁶⁶ Y.4.HD., 01.11.2007 tarih, E. 2006/10218, K.13321.

⁵⁶⁷ Özen, Eleştiri Hakkı, s.333.

⁵⁶⁸ Erman, s.163.

⁵⁶⁹ Centel ve diğerleri, s.234.

⁵⁷⁰ Soyaslan, s.322.

⁵⁷¹ Soyaslan, s.322.

halkı idare eden kişilerden oluştuğundan kişinin politikacıyı tanımasında şahsi ve toplumsal menfaati bulunduğu belirtilmektedir.⁵⁷² Özel hayata ilişkin bir olayın bilinmesinde kamu yararı olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerimize aşağıda yer verilecektir.

2.6.1.4. Fikri Bağ (Ölçülülük)

Verilen bir haberin gerçek ve güncel olması, haberde kamusal ilgi ve yararın bulunuyor olması, haberin hukuka uygun olması açısından yeterli değildir. Bir haber ne kadar gerçek olursa olsun, ne kadar kamuyu ilgilendirirse ilgilendirsin, haberin veriliş şekli, haberde kullanılan üslup kişilik hakkının ihlaline yol açabilir.⁵⁷³ Dolayısıyla verilen haberle kullanılan ifadeler arasında fikri bir bağın bulunması gerekmektedir. Haberle ilgisi olmayan, haberin açıklanış biçimine herhangi bir katkısı bulunmayan küçültücü değer yargıları, habere ilginin bazı kişisel kusur veya olumsuzluklarının gereksiz yere ilavesi, özellikle sövme niteliğindeki sözlerle karalanması durumunda, haberle açıklanma biçimi arasında olması gereken fikri bağın koptuğundan söz edilebilir.⁵⁷⁴ Haberin yazılış şekli kişilik haklarını ihlal edici nitelikte olmamalıdır. Haberin içeriği ile uyumsuz, tahrik edici, toplumda ilgisine karşı kuşku ve husumet yaratıcı dil ve ifadelerin kullanılması halinde haber kamuoyunu aydınlatma aracı olmaktan çıkıp kişilerin haklarına tecavüz vasıtası olan

⁵⁷² Soyaslan, s.322.

⁵⁷³ Oğuzman, s.141 Nitekim Yargıtay bir kararında, "... yeni yapılan Pazar yeri ve fuar alanında aynı hırsızlara yada birinci derece yakınlarına sahte fatura karşılığı yerler verirse... yalnızca sit alanı hayalini imar planı için Kerim B.'a ödenen 300 milyar! Geçersiz iptal edilecek bir plan. Parayı başkanla bölüşebilmek için bu plan şart. Belediye fare çiftliği oldu. Anası da babası da B. A.-Ş. Ç. Yavruları ise çok..." biçimindeki yazıda yazıda içerik itibarıyla, haber sınırını aşan, muhataplarını küçük düşürecek nitelikte soyut suçlama ve iddialara yer verildiği, bu nedenle sanığın eyleminin haber verme özgürlüğü sınırının aşılması suretiyle hakaret suçunu oluşturduğu'nun gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Y.4.CD., 05.02.2007, E.2004/13822 K.2007/1140, www.kazanci.com, (18.06.2015).

⁵⁷⁴ Tarhan, s.400. "Öğretmenevi yönetim ve denetim kurullarının geç oluşturulması, Milli Eğitim Müdürlüğüne önerilen isimlerin kaymakam tarafından değiştirilmesinin haber yapılmasında kamu ilgi ve yararı mevcut olsa bile, haberin veriliş biçimi ile konu arasındaki düşünsel bağın korunması ve haberde davranışları eleştirilen katılan kaymakam hakkında küçültücü değer yargılarından kaçınılması gerekmektedir. Oysa yazıda, katılan kaymakamın işlemleri "skandal" olarak nitelendirilmiştir. Daire amiri sıfatıyla yazıyı imzalayan kaymakamın, listedeki isimleri değiştirmesi en doğal hakkıdır. Bu işlemin, bir sahte belge düzenlenmiş gibi aktarılması ve "evrakı değiştirme yöntemiyle" yapıldığının açıklanması, katılanın "valiyi dahi uyutarak kandırmaya çalıştığının" söylenmesi katılanı küçük düşürücü, kişisel değer yargılarıdır." YCGK, 24.02.1998, E:1997/4-386 K:1997/52, www.kazanci.com, (18.06.2015).

bir silaha dönüşebilir; dolayısıyla haber olma özelliğini kaybederek basın özgürlüğünün koruma şemsiyesinden uzaklaşır.⁵⁷⁵

Haberin veriliş biçimi ile kullanılan ifadeler arasındaki fikri bağın tespitinde metin bütün olarak ele alınmalıdır. Metin içinden seçilmiş bazı kelimelerin, cümlelerin metinden ayrı olarak değerlendirilmesi, fikri bağın saptanması için doğru ve yeterli veriler olmayacaktır.

2.6.1.5. Doktrinde Öngörülen Koşulların İsabetsizliği

Öncelikle belirtmeliyiz ki, eleştiri hakkı için bir olayın ya da haberin aranması ve hakkın uygulanma koşullarının olayın ve haberin gerçekliği ile güncelliğine bağlı olarak şekillenmesi kanaatimizce isabetli değildir. Zira, bir ifadenin olaya ya da habere ilişkin olması zorunlu bir unsur değildir. Gerçekten bir düşünce açıklaması, belirli bir olayla ya da haberle ilgili olmayabilir ve sadece değer yargısı içerebilir. Örneğin, kişi basından öğrendiği habere/olaya istinaden sosyal medyada konuyla ilgili kendi değerlendirmelerini içeren bir paylaşım yaptığında, böyle bir durum söz konusudur. Nitekim kişi burada ne olay açıklamaktadır ne de haber vermektedir. Kişi sadece kendi değerlendirmelerini aktarmaktadır.

AİHM, isabetli olarak *kabul edilebilir eleştirinin* sınırlarını değerlendirirken öncelikli olarak bir vakıanın(olayın) mı yoksa bir değer yargısının mı ortaya çıktığının tespitinin yapılması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁷⁶ AİHM'in eleştiri hakkına ilişkin ilk ve çok önemli olan Lingens Avusturya kararında mahkeme, *olay(vakıa)* "fact" ile *değer yargıları* "value-judgment" arasında dikkatli bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmiştir. Şayet ortada bir olay(vakıa) söz konusuysa bunun varlığı ortaya konabilir ancak değer yargısı halinde bu durumun varlığı ortaya

⁵⁷⁵ Tarhan, s.400. "Yazının güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi unsurlarını içermekte olduğunda kuşku yoktur. Konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık unsuruna gelince; bu unsur haber gerçeği yansıtısa dahi kullanılacak dil ve ifadenin, yapılacak nitelime ve yorumun haberin verilişinin gerektirdiği ve zorunlu kıldığı biçim ve ölçüde bulunmasını öngörür. Öze ilişkin koşulların varlığı durumunda da biçimsel koşullara uyulması zorunluluğu vardır. Eleştirinin verilişinde gereksiz, yararlı olmayan beyan, nitelime ve değerlendirmelere gidilerek içerik ile uygun düşmeyen tahrik edici, yalın bir okuyucuda husumet ve kuşku yaratıcı dil ve ifade kullanılır, seçilen sözcükler aşağılayıcı, küçük düşürücü, incitici nitelikte olursa konu ile ifade arasındaki denge bozulur, haber veya eleştiri hukuka aykırı duruma gelir." Y.7.CD., 29.11.2006, E. 2005/13442 K. 2006/18255.

⁵⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Sınar, Siyasetçilere Yönelik Eleştiri, s.159.

çıkarılamaz.⁵⁷⁷ O halde öncelikle ortada olayın mı yoksa değer yargılarının mı bulunduğu tespit edilmelidir. Aksinin kabulü, değer yargısı içeren ifadelerin özgürlük korumasından yararlanamamasına sebep olmaktadır. Gerçekten ülkemizde bu ayırım yapılmamakta ve değer yargıları genellikle sövme biçiminde ortaya çıkmakta ve sövme için hukuka uygunluk sebebi oluşturulmadığı için ifade özgürlük korumasından yararlanamamaktadır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, küçültücü değer yargısı içermesi halinde eylemin hukuka uygun olmaktan çıkacağına hükmetmiştir.⁵⁷⁸ Kanaatimizce, davada, olay ve değer yargısı ayırımı yapılarak bir değerlendirmede bulunulmalıydı.

Haber verme şartlarının eleştirisi hakkına uygulanamayacağına ilişkin görüşümüzün ikinci nedeni gerçek olma ölçütünden kaynaklanmaktadır. Gerçek olma ölçütüne neden dayanılamayacağına ilişkin de iki sebep ileri sürülebilir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, eleştirinin birçok formu çoğu zaman gerçeği farklılaştırma isteğiyle ve ihtiyacıyla ortaya çıkmıştır. Gerçekten, örneğin, eleştirinin bir şekli olarak kabul edilebilecek hiciv ya da mizah⁵⁷⁹ zaten abartı ve aşırılık üzerine inşa edilmiştir. Eleştirinin çoğu türünün amacı gerçeği çarpıtarak kamuoyunun ilgisini çekmektir. O halde, güzelleştirme yerine çarpıtmayı esas alarak ortaya çıkan karikatürün, hiciv yapılarak yazılan bir şiirin ya da yapılan bir heykelin gerçeği yansıtması gerekmemektedir.

⁵⁷⁷ Lingens v. Avusturya, Başvuru No.9815/82, parag.46. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=00157523#{\"itemid\":\"001-57523\"}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=00157523#{\) (16.04.2015).

⁵⁷⁸ *“Sanığın kolaj tekniğini kullanarak yaptığı, köpek bedeni üzerine T.C. Başbakanı'nın kafa fotoğrafı yerleştirilen, üstündeki örtüye “B...’nin köpeği olmayacağız” yazılı, ağzında ABD doları, boynunda ABD Bayrağı Figürü ve kuyruğunda füze bulunan çalışmayı, Kadıköy Adliye Binası önünde halka, davet ettiği basın mensuplarına ve kameralara göstermek suretiyle gerçekleşen eyleminde, yapılan eleştirinin, kaba, sert, kırıcı ve incitici olmanın ötesinde aşağılayıcı boyuta ulaştığı ve muhatabın köpek biçiminde resmedilmesinden ibaret kalmayıp, “B...’nin köpeği olmayacağız” denilmek suretiyle ironi yapılarak, köpekleşme olgusuna ve dilimizde “köpek” sözcüğüne yüklenen “alçak, soysuz; çıkarı için yaltaklanan (kimse)” gibi anlamlara vurgu yapıldığı, böylece kamu görevi yapan mağdur hakkında küçültücü değer yargısında bulunularak içsel değere ve kamuoyu nezdindeki şeref ve saygınlığına saldırıda bulunarak hukuka uygunluk sınırının aşıldığı, İngiliz vatandaşı olup 20 yıldır Türkiye’de yaşayan ve çeşitli eğitim kurumları ile Üniversitelerde hocalık yaptığı anlaşılan sanığın, Türk örf ve adetlerinden uzak olmayan yaşantı içinde olduğu ve eylemin ülke kamuoyundaki etkisini bilebilecek durumda bulunduğu gözetilmeden, suça konu kolajın siyasi eleştirisi ve mesaj içerdiği, sanığın suç kastının bulunmadığı biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle hükümlülüğü yerine beraatine karar verilmesi”* bozmayı gerektirmiştir. Y.4.CD., 25.05.2009, E. 2009/ 10444 K.2009/10167, www.kazanci.com, (17.04.2015).

⁵⁷⁹ Taşkın, ABD’de ve İtalya’da olduğu gibi hiciv hakkının eleştirisi ve haber verme hakkından ayrı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. Ozan Ercan Taşkın, Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hiciv Hakkı ve Sınırları, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:19, 2002, ss. 109-132.

Eleştiri hakkında gerçeklik ölçütünün isabetli olmadığına ilişkin görüşümüzün ikinci nedeni, kimi zaman gerçeğe aykırı ifadelerin de korunması ihtiyacından çıkmaktadır. Zira, doğru olan ifadenin içinde yanlış bir bilgi bulunma ihtimali her zaman söz konusu olabileceğinden bu durum kişinin kendi kendini sansür etmesine sebep olabilir.⁵⁸⁰ Bu bakımdan en çok zararı o bilgiyi edinemeyen toplum gördüğünden, kanaatimizce gerçek olma ölçütüne tereddütle yaklaşılmalıdır. Nitekim ABD’de yargı kararlarında, gerçeğe dayanmayan ifadelere gereken korumanın gösterilmemesi halinde gerçek ifadelerin de isteksiz ve çekingen açıklanacağı vurgulanarak gerçeğe aykırı ifadelerin de bir ölçüye kadar korunması gerektiğini belirtilmiştir.⁵⁸¹

Eleştiri hakkı için öngörülen güncellik şartı da isabetli değildir. Zira basının haber verme hakkı olduğunda haklar arasında bir çatışmaya yol açmamak için öngörülen bu koşul, eleştiri hakkı açısından anlam ifade etmemektedir. Nitekim kişiler arasında, basına yansımayan ilişkilerde kişilerin birbirlerine yönelttikleri ifadelerin güncel olmasının pratikte bir önemi ve sebebi bulunmamaktadır.

Yukarıda sayılan tüm bu sebeplerden dolayı eleştiri hakkı için ayrı unsurlar öngörülmesi ve uygulanması gerekmektedir. Peki eleştiri hakkının unsurları neler olacaktır? Bunları belirleyebilmek için öncelikle ifade özgürlüğü ile itibarın korunması arasında çıkan çatışmaya değinmeli ve sonrasında öngörülebilecek ölçütleri değerlendirmeliyiz.

2.6.2. Hak/Değer/Menfaat Çatışması ve Çözümlemesi

2.6.2.1. Hak/ Menfaat/ Değer Çatışması

Bir kişinin belli bir hukuk kuralı tarafından korunan menfaati ile bir diğer kişinin yine hukukun koruduğu bir menfaati arasında çatışma olabilir⁵⁸². Bir diğer deyişle, somut olayda, genel olarak hukuk düzeninin koruduğu iki menfaatin her

⁵⁸⁰ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.162.

⁵⁸¹ 376 U.S. 254, 271(1964) Bkz. Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.162.

⁵⁸² Selim Kaneti, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, **Danıştay Dergisi**, S:34-35, s.11.

ikisinin de korumadan yararlanması olanağı olmayabilir⁵⁸³. Bir norm, bir davranışın yapılması gereğini düzenlerken; diğer norm bununla bağdaşmayan bir davranışın yapılması gereğini düzenlediği hallerde normlar çatışmasından söz edilir⁵⁸⁴. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararında çatışma, “*çatışan normlar tek bir olayda kullanılabilir olmalıdır ve uygulamalarında farklı sonuçlara yol açabilmelidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.⁵⁸⁵

Hukukun amacı, iki(veya daha fazla) hak arasındaki bu çatışmayı önlemek veya çözmektir.⁵⁸⁶ Dolayısıyla hukuk düzeninin bütünlüğü ve çelişmezliği ilkesi gereği bu aykırılık “*özel hükmün genel hükme önceliği*”(lex specialis derogat legi generali) ve “*üstteki normun alttaki norma önceliği*”(lex superior derogat legi generali) ile giderilmektedir⁵⁸⁷. Ancak, özel yasanın genel yasa karşısında üstünlüğü birbiriyle çatışan değerlerin değil de yan yana duran hukuk normlarının ilişkisini düzenlemekte ve bu durumda çatışma değil yarışma halleri söz konusu olmaktadır.⁵⁸⁸ Dolayısıyla bazı hallerde, gerçek bir çatışma söz konusu olmamakta ve hukukun genel ilkeleri çözüme ulaştırmaya yetmemektedir.

Bazı durumlarda ise, somut bir olayda birden çok temel hak normu uygulama alanı bulmakta⁵⁸⁹ ve sorun, hangi hakka/değere öncelik verileceği ile çözümlenmektedir. Örneğin, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, “*annenin genel eylem özgürlüğü (maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı) ile ceninin yaşam*

⁵⁸³ Kaneti, s.11.

⁵⁸⁴ Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasası'nda Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000.

s.3. Çatışma hali Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından “Çatışan normlar tek bir olayda kullanılabilir olmalıdır ve uygulanmalarında farklı sonuçlara yol açabilmelidir.” Şeklinde ifade edilmiştir. BVerGE 36,342,363 Bkz. Kanadoğlu, s.3. İsviçre Federal Mahkemesi, 20.5.1944 tarihli kararında; “*Mülkiyet hakkı başkalarının korunmuş haklarını çiğnemediği ölçüde kullanılmalıdır. Bu bakımdan çatıştığı kişilik haklarından her zaman üstün tutulamaz. Örneğin, bir kimse ünlü bir ressamın ölüm yatağındaki halini gösteren bir tabloyu sergilerse, ressamın dul karısının kişilik hakları çiğnenmiş sayılabilir. Çünkü özel hayatına haksız bir karışma söz konusudur. Ancak bazı eylemler, korunmuş olan haklarla çatışma halinde olsalar bile, genel menfaatin özel menfaate üstün tutulduğu durumlarda, yasaklanmış değillerdir. Kişiliğin dar ve şekilci olarak korunması dolayısıyla toplumun artistik, düşünsel, dinsel ya da başkaca bir alandaki gelişmesine yeterli bir neden yokken engel olunamaz. Toplumun mu yoksa bireyin mi menfaatinin daha üstün tutulacağını, her durumda hâkim saptayacaktır. Bu açıdan olayda tablonun sergilenmesinde hukuka aykırılık yoktur.*” Diyerek menfaat çatışmasını vurgulamıştır. Bkz. Kaneti, s.11.

⁵⁸⁵ BVerfGE 36, 342, 363 Kanadoğlu, s.1.

⁵⁸⁶ Lorenzo Zucca, **Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights In Europe and The USA**, Oxford University Press, New York 2007, s.3.

⁵⁸⁷ Kanadoğlu, s.3.

⁵⁸⁸ Kanadoğlu, s.4.

⁵⁸⁹ Bu çatışmanın görünüşte bir çatışma olmadığı hakkında Bkz. Kanadoğlu, s.4.

hakkı çatıştığında, ceninin yaşam hakkını daha yüksek bir basamakta (BVerfGE 39,1)⁵⁹⁰, ölünün kişilik hakkı ile yazarın sanat özgürlüğü çatıştığında, ölünün kişilik hakkını, daha yüksek bir basamakta (BVerfGE 35,202- Leblach; 54,208-Böll/Walden)” değerlendirmiştir.⁵⁹¹ Ancak her durumda neye göre hangi değere üstünlük verildiği gerekçelendirilmediğinden bu çözüm de yeterli olmamaktadır.

Bazı hallerde ise, mücerret olarak kıyaslanamayacak, biri diğerine tercih edilemeyecek değerler birbiriyle çatışabilir. Hatta bu değerler, insan haklarının bir gereği olarak dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez olabilir. İşte; ifade özgürlüğü ile kişilik hakları çatıştığı durumda, böyle bir hal söz konusudur. Bu durumda, ifade özgürlüğü diğer haklar dikkate alınarak uygulanacak; fakat, ifade özgürlüğü her zaman diğer haklara yerini bırakmayacaktır.⁵⁹² Nitekim, haklar açıkça özünde sınırlandırılabilirdiği halde dış sınırlamalar sabit ve durağan olmadığından⁵⁹³ her olayda bu çatışmaya ve bunu çözmeye ilişkin norm ve kıstaslara ihtiyaç duyulacaktır.

Bir kişi tarafından gerçekleştirilen eylem birden fazla temel hakkı/değeri karşı karşıya getirdiğinde, somut olayda bu fiili çatışma normların çatışması olarak görülmektedir.⁵⁹⁴ Ancak, aslında gerçek bir temel hak çatışması, farklı kişilerin sahip olduğu aynı ya da farklı temel hakların karşı karşıya gelmesi durumunda söz konusu olduğundan, somut bir olayda, gerçekleştirilen tek eylemde birden çok temel hak normu uygulama alanı bulduğunda görünüşte çatışma olarak nitelendirilebilir.⁵⁹⁵ Özellikle kişilik hakları alanında, bunların esnek ve kapsamlı niteliklerinden dolayı, başkalarının kişilik haklarıyla ya da hak ve özgürlüklerle çatıştığı sıkça görülmektedir.⁵⁹⁶ Aslında bu çatışma ilk başta birbirinden farklı olan ve hiçbir şekilde birbiriyle kesişebileceği öngörülemeyen haklar arasında çıkmaktadır.

⁵⁹⁰ H.Tribe Laurence, *Abortion: The Clash of Absolutes*, New York: NW Norton, 1992. **Mathewes-Green**, Frederica; *Abortion: Women's Rights and Wrongs*, <http://www.feministsforlife.org/abortion-womens-rights-and-wrongs/>

⁵⁹¹ Bkz. Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y:6 S:12, Güz 2007/2, (Temel Hakların Sınırlandırılması), s.47.

⁵⁹² Heyman, s.69.

⁵⁹³ Heyman, s.69.

⁵⁹⁴ Kanadoğlu, s.4. Temel hak çatışmalarının somut olaydan bağımsız olarak düşünülemeyeceği ve soyut olarak öngörülemeyeceği, kişilerin fiili durumlarının çatışma durumunu oluşturduğu ileri sürülmüştür. Fohmann H., *Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich*, EuGRZ 1993, S489-494 aktarımıyla Kanadoğlu, s.4

⁵⁹⁵ Kanadoğlu, s.4-5.

⁵⁹⁶ Kaneti, s.11.

Örneğin, her ne kadar ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği hakkının ne olduğu ve birbirinden farklı olduğu konusunda doktrinde görüş birliği olsa da iki ünlü kişi gizli bir şekilde evlendiğinde ve gazeteci bunu çekip yayınladığında, gazetecinin ifade özgürlüğü ile kişilerin özel hayatının gizliliği hakkı karşı karşıya gelmektedir.⁵⁹⁷

Bu çatışmanın nasıl çözümleneceğine ve ölçütlerin neler olacağına ilişkin başlığa/konuya geçmeden önce değerler çatışmasında sorunu çözme görevinin kime ait olduğunun tespiti gerekmektedir. Gerçekten, bu çatışmaları yasama organı mı yoksa yargı organı mı uyumlaştırmakla yükümlüdür? Bu soruya verilecek cevap, tartma işleminin nasıl yapılacağına ilişkin yol gösterici niteliktedir. Örneğin, eğer yasama organı çatışmayı gidermekle yükümlüyse, anayasa ve kanunlarda yapılan değişiklikler ve hatta belki de yasama yorumu sorunu çözmeye yardımcı olabilecektir. Eğer yasama organı değil de, mahkemeler bu sorunu çözmekle görevliyse, hâkimin sorunu çözerken kullanacağı ölçütlerin geliştirilmesi için doktrin ve uygulamaya iş düşmektedir.

Kuşkusuzdur ki, temel hak çatışmalarının çözümünde ya da hiç ortaya çıkmamasında kanun koyucunun işlevi büyüktür.⁵⁹⁸ Nitekim, kanun kaydıyla sınırlandırılabilen hak ve özgürlüklerde yasama müdahale edebilir ve temel hak ve özgürlükleri birbiriyle uyumlaştıracaktır.⁵⁹⁹ Ancak, unutmamak gerekir ki, kanun kaydıyla çözülebilecek bir sorun halinde gerçek bir çatışma durumundan bahsedilemez. Nitekim, bu durumda, değerler arasında çatışma gibi görünen hallerde, gerçekte sorun, özgürlüğün sınırlarına bakılarak çözülebilir. Gerçekten; bazı hallerde, çatışma gibi görünen şeyler, yarışan hakların sınırları düzenlenerek ortaya çıkarılabilir.⁶⁰⁰ Bir diğer deyişle, korunan menfaatleri birbirinden ayıran sınır kanunda çizilmişse, artık çatışmadan söz edilemez.⁶⁰¹ Zira, kanuni sınırın ötesinde bir hakkın korunması söz konusu olmayacağı gibi, bu sınırın ötesinde başka bir korunmuş hakla kesişmesi de mümkün değildir.⁶⁰²

⁵⁹⁷ Zucca, s.4.

⁵⁹⁸ Kanadoğlu, s.35.

⁵⁹⁹ Kanadoğlu, s.35.

⁶⁰⁰ Heyman, s.69.

⁶⁰¹ Kaneti, s.12.

⁶⁰² Kaneti, s.12.

Asıl sorun, çatışan temel hak ve özgürlüklerin çözümünde(gerçek çatışma hallerinde) kanun koyucu bu dengeyi sağlayamazsa, yargıca tartım ve ölçülülük ilkesi araçlarını kullanacağı ve sonucu belirleyen dengeleme rolü düşmektedir.⁶⁰³

Temel hak çatışmalarında devletin bu çatışmaları çözme görevi olduğundan ve temel hak ve özgürlük hükümleri çatışmaları için çözüm kuralları öngörülmediğinden bunlar arasında bir ödünleme yapılırken çoğunlukla anayasal ilkeler ve temel yorum kuralları kullanılmaktadır.⁶⁰⁴ Bu çözümleme yapılırken, anayasanın bütünlüğü ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bütünleyici parçası olan ölçülülük ilkesi ve değerlerin tartımı metodu çözüm yolunda önemli rol oynamaktadır.⁶⁰⁵

O halde, çatışmayı çözme görevi asli olarak yargı organına aittir. Hâkim önüne gelen olayda, değerler arasında böyle bir çatışma tespit ederse, belli kriterlere göre bu uyumsuzluğu çözmekle yükümlüdür. Hâkim, bu sorunu çözen hukuk kuralı bulunmasa bile, hukukun asıl amacı değer çatışmalarını dengelemek olduğu için çatışan değerleri tartmak yoluyla dengeleyecektir.⁶⁰⁶ Nitekim ceza hukuku da temel hak çatışmalarını genel önleyici niteliğiyle engelleyen hukuk düzeninin önemli bir aracı olduğundan cezalandırma bir yandan özgürlükleri ortadan kaldırırken diğer yandan özgürlüklerin korunmasında vazgeçilmez bir işlevi yerine getirmektedir.⁶⁰⁷

Alman mahkemelerinde, ifade özgürlüğü ile korunan hukuki değerler arasında çatışma halinde verilen kararlardan en çok eleştirilen şeref ve haysiyetin korunmasına ilişkin kararlardır.⁶⁰⁸ Nitekim bu tür davalarda, onur ve özgürlük aynı anayasal derecede olmasına rağmen, her iki değer arasında uyuşmanın sağlanamadığı, tartım sonuçlarının öngörülebilirlikten uzak ve davayı kaybetme rizikosunun fazla olduğu eleştirisi yapılmaktadır.⁶⁰⁹

⁶⁰³ Kanadoğlu, s.112.

⁶⁰⁴ Kanadoğlu, s.35.

⁶⁰⁵ Kanadoğlu, s.35.

⁶⁰⁶ Kaneti, s.11.

⁶⁰⁷ Kanadoğlu, s.36.

⁶⁰⁸ Kanadoğlu, s.58.

⁶⁰⁹ Kanadoğlu, s.58.

2.6.2.2. Hak/ Menfaat/ Değer Çatışmasında Yol Gösterici İlkeler

Çatışan hukuki değerler arasında bir çözüme ulaşılması gerekmektedir. Ancak hakların çatışması konusunda birçok eser yazıldığı halde, çatışma sorununun çözümü noktasında ortak bir anlayışa varılamamıştır.⁶¹⁰

Haklara dayalı teori ışığında, ifade özgürlüğü ile diğer haklar arasında çıkan çatışmalarda sonuca ulaşmak için birbiriyle yakından ilişkili üç farklı çözüm yolunu incelemek bu konuda bize kılavuz olabilir⁶¹¹:

- 1) Hakların dengelenmesi
- 2) Haklar arasındaki iç ilişkiler
- 3) Anayasal özgürlükler sistemi.

Bu metotlar içerisinde ağırlıklı olarak kullanılan hakların dengelenmesi metodudur. Ancak kimi zaman diğer metotlar da hakların dengelenmesi ile birlikte kullanılmaktadır. Gerçekten çoğunlukla bu tartıma başvurmadan önce, özgürlük sınırlarının doğru çizilip çizilmediği incelenmekte dolayısıyla haklar arasındaki iç ilişkiler ve anayasal özgürlük sisteminden faydalanılmaktadır.⁶¹² Aslında hakların dengelenmesi için tartıma başvurmadan önce böyle bir yola başvurulması zorunludur. Zira, tartım yapılmadan önce hakların sınırları doğru çizilmeli ve anayasal özgürlükler sistemi ortaya konulmalıdır.

Hakların dengelenmesi hususunda da çatışmanın çözümünde yol gösteren ilkelerde olduğu gibi bir uzlaşs söz konusu değildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de denge analizlerini ülkelerin kendi sistemleri içinde yapmaları gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla tek bir denge analizi söz konusu olmamakta, her ülke, kendi sistemine uyan bir şekilde değişik kriterler ve farklı denge analizleri benimsemektedir.

Hakların dengelemesi metodu, hangi hakkın daha ağır olduğunu belirlemeyi amaçlamaktadır.⁶¹³ Bu karar genelde ifade özgürlüğü ile diğer haklar çatıştığında hangisinin daha büyük bir değere sahip olduğunun sorulup sorulmadığından ziyade,

- 1) Konuşmanın değerine

⁶¹⁰ Kanadoğlu, s.1.

⁶¹¹ Heyman, s.71 vd.

⁶¹² Kanadoğlu, s.112.

⁶¹³ Heyman, s.72.

- 2) Diğer haklara karşı sınırlandırmanın kapsamına
- 3) Diğer hakların değerine
- 4) Kontrolsüz bir hakkın bu hakka etkisi/zararına bakılarak karar

verilmektedir.⁶¹⁴

Hakların dengelenmesi için iki farklı sistem öngörülmüştür: ya olaydan bağımsız olarak belli kriterlere göre yapılan soyut bir dengeleme ya da somut olaya göre yapılan bir dengeleme. Her ne kadar çatışmaların somut bireysel çözülmesi gerektiği ileri sürülse de soyut kriterler arayışından da vazgeçilmiş değildir.⁶¹⁵ Dolayısıyla sistemlerden ilki, çözümü, temel hakların kendisinden(özünden, sınırlarından) hareketle soyut ve genel biçimde bulmaya çalışmaktadır.⁶¹⁶ Çözüm yollarından diğeri ise, somut unsurları göz önüne almakta ve dolayısıyla çözüm de olaydan olaya değişmekte, kişisel olmaktadır.⁶¹⁷ Her iki yöntemde de tartım, özünde ilgili temel hak pozisyonlarını optimal bir açılıma getirmek için uygun bir denge kurmayı(ödünlleme), çelişmelerin uyuşumunu sağlamayı ve pratik uyuşumu meydana getirmeyi amaçlamaktadır.⁶¹⁸ Hangi yöntem tercih edilirse edilsin, sonuç olarak çatışan haklardan/değerlerden biri üstün tutularak korumadan yararlanırken, diğerinin korumadan yararlanamaması söz konusu olmaktadır.⁶¹⁹

Federal Anayasa Mahkemesi gerekçelendirmeye dayanan değerlerin tartımını çatışmanın çözümü olarak görmektedir.⁶²⁰ Bununla ilgili ilk karar Lüth kararıdır: *“düşünceyi açıklama özgürlüğü, bir diğerinin korunmaya değer yüksek derecedeki çıkarları düşünce özgürlüğünün icrasıyla ihlal ediliyorsa geri çekilmelidir. Başkasının ağır çeken bu özellikteki çıkarlarının olup olmadığı olayın tüm unsurları temelinde araştırılmalıdır.”*⁶²¹

Soyut-somut tartım anlayışı Federal Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararlarında da belirleyici olmuştur: Kesin olmaması, keyfilik tehlikesi nedenleriyle şikayete uğrarken genel olarak bakıldığında bu yöntem Alman doktrininde büyük

⁶¹⁴ Heyman, s.71.

⁶¹⁵ Kanadoğlu, s.112.

⁶¹⁶ Kanadoğlu, s.4.

⁶¹⁷ Kanadoğlu, s.4.

⁶¹⁸ Kanadoğlu, s.112.

⁶¹⁹ Kaneti, s.11.

⁶²⁰ Kanadoğlu, s.124.

⁶²¹ BVerfGE 7,189 210 Lebacqz kararında bu tartım şu şekilde ifade edilmiştir: “Her iki anayasa değeri çatışmada olabildiğince bir dengeye getirilmelidir; buna ulaşılamıyorsa, olayın oluşumu ve somut olayın şartları dikkate alınarak hangi çıkarın geri çekilmesi gerektiğine karar verilmelidir.” BVerfGE, 35, 202, 255 Kararlar için Bkz. Kanadoğlu, s.124.

ölçüde kabul görmüş ve kaçınma ilkesi, sebep ilkesi,⁶²² ödünleme ilkesi⁶²³ gibi bazı kriterler getirilmiştir.⁶²⁴ Kaçınma ilkesine(Ausweichprinzip) göre, çatışan temel hakların tam bir uyuşumu sağlanamayıp, birine diğeri karşısında somut olayda daha fazla ağırlık tanınmışsa uygulama alanı bulabilir.⁶²⁵ Böyle bir durumda ağırlığı olan temel hak, uygulama önceliği kazansa da çatıştığı diğerk hak olabildiğince gözetilmelidir.

2.6.3. Değerlerin Tartımına İlişkin Kriterlerin Hakaret Suçu ve Eleştirii Hakkı Tespitinde Kullanılması

Bir yandan ifade özgürlüğünün diğerk yandan kişilik haklarının korunması arasında yaşanan gerilimde gerçek bir çatışma hali söz konusudur. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen çatışma, tartım ve dengelemeye ilişkin en iyi örneklerden biri, şeref ve haysiyet varlığının ihlali karşısında ifade özgürlüğünün yer almasıdır.⁶²⁶ Bu çatışmanın nasıl çözümleneceği ve dengelemenin nasıl yapılacağına ilişkin değerlendirmelerden önce farklı sistemler öngören ABD ve Avrupa sistemleri ile bu sistemler arasındaki farklılıklar incelenmelidir.

2.6.3.1. İfade Özgürlüğü Karşısında İnsan Onuru: Farklı Değerler Sistemi

2.6.3.1.1. Çeşitli/Farklı Anayasal Değerler Sistemi

Her ülke anayasası çeşitli değerleri içermekte ve milli tarih, ideoloji ve inanışlar toplumun ortak değerlerini ortaya koymakta ve bu değerler anayasal çerçeveyi

⁶²² Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından elde edilmiş sebep ilkesine göre, çıkarlar çatışmasına sebep olan kişi eleştiriye uğrayacağını ve bunun kamuoyu gündemine getirileceğini hesaba katılarak şu saptama yapılmıştır: “Çoğunlukla belirleyici olan, küçük düşürücü açıklamalara maruz kalan kişinin Anayasanın 5/1.maddesiyle korunan kamusal düşünce oluşumu sürecine, kendi kararıyla ve bu kararının sonucundaki davranışı ile hukuken korunan özel yaşam alanından vazgeçerek katılıp katılmadığının, katıldıysa ne ölçüde katıldığının ortaya konulabilmesidir.” Kanadoğlu, s.126.

⁶²³ Çatışmaların ana uzlaştırma aracı olan ödünleme ilkesinin ise, hakkın özünü kullanmaktan çok diğerk anayasal ilkelere önem verdiği hakkında Bkz. Kanadoğlu, s.126.

⁶²⁴ Kanadoğlu, s.125.

⁶²⁵ Kanadoğlu, s.126.

⁶²⁶ Tandoğan, s.17.

şekillendirmektedir. Her ne kadar hangi değerler sisteminin hukuku ne oranda etkilediğini ya da hangi değer hukuk sisteminin kalbi olduğunu tespit etmek güç olsa da değerler sisteminin hukuk sistemi üzerindeki etkisi anlaşılabilir niteliktedir.⁶²⁷ O halde, ifade özgürlüğü temelli ve insan onuru temelli iki farklı yaklaşımı incelemek, hangi anlayışın temel alınması gerektiği noktasında yol gösterici olabilmektedir. Amerika ve Avrupa sistemindeki esas alınan değerler sisteminde önemli farklılıklar görülmektedir. Anayasal değerler sistemi içinde insan onuru ve ifade özgürlüğü açısından bu farklılığı en iyi şekilde Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya gözler önüne sermektedir. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri'nde özgürlük, onura ilişkin değere üstün gelirken, Almanya'da onur sıklıkla özgürlüğe ilişkin değere üstün gelmektedir.⁶²⁸ Dolayısıyla Almanya onur temelli, Amerika Birleşik Devletleri ise özgürlük temelli bir yaklaşım izlemektedir.⁶²⁹

O halde özgürlük temelli Amerika Birleşik Devletleri tarzı bir anlayışı mı yoksa onur temelli Alman Hukuku anlayışını mı benimseyeceğiz? Bu soruya cevap vermek güçtür. Zira, evrensel olarak kabul görmüş bir tek özgürlükler sistemi yoktur.⁶³⁰ Gerçekten, özgürlük temelli bir yaklaşım insan onurunu korurken, onur temelli bir yaklaşım da, iyi bir özgürlükler sistemi kurmuş olabilir. O halde, yukarıda bahsettiğimiz alternatiflerle sınırlı kalmak yerine, üçüncü bir yol olarak kendi ülkemize uyan bir sistem öngörebilir miyiz? Bu soruya ancak, ülkemizin tarihsel ve sosyolojik yapısını tüm yönleriyle kavrayarak yanıt verebiliriz. Ancak bunun da öncesinde karşılaştırmalı bir analiz yaparak ve ülkelerin tarihsel ve sosyolojik gerçeklerini göz önüne alarak ülkelerin hangi sistemleri neden tercih ettiğini ve bu sistemlerin o ülkelerde nasıl uygulandığını ortaya koymak, ülkemiz açısından hangi yaklaşımı belirleyeceğimiz noktasında elzemdir. Bunun için, öncelikle her ikisi de demokratik olan ancak farklı sistemleri tercih eden Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya'yı incelemek, sonrasında da anayasal sistemimizdeki düzenlemeyi değerlendirmek yerinde olacaktır.

⁶²⁷ Carmi, s.323.

⁶²⁸ Carmi, s.323.

⁶²⁹ Amerika Birleşik Devletleri'nin yaklaşımı Amerikan Eksepsiyonalizmi olarak adlandırılmaktayken, aynı mantıkla Alman yaklaşımını da Alman Eksepsiyonalizmi olarak nitelenmek mümkündür. Bkz. Carmi, s.324.

⁶³⁰ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.45.

2.6.3.1.2. Onur ve Özgürlük Temelli Yaklaşımlar

2.6.3.1.2.1. Almanya

Alman Anayasasının 1.maddesi insan onuru garantisini ve 2.maddesi kişiliğin korunmasını düzenlerken, 5.maddede ifade özgürlüğü düzenlenmektedir. Alman Anayasasındaki ifade özgürlüğüne ilişkin hükümler Anayasanın 1. ve 2.maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde Almanya'nın farklı değerler sisteminden hangisini tercih ettiği ve nasıl bir yaklaşım izlediği ortaya konabilecektir.

Alman Anayasasının 1.maddesinin ilk fıkrasına göre, “*İnsan onurunun dokunulmazlığı vardır. İnsan onurunu gözetmek ve onu korumak, her türlü devlet gücünün yükümlülüğüdür.*”⁶³¹ İnsan onurunun korunmasına yönelik olan bu hükümle, anayasanın devamı maddelerinde yer alan temel hakların nasıl anlaşılması ve yorumlanması gerektiği belirtilmekte⁶³² ve insan onuru anayasanın temel değeri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu madde gereği insan onuru ihlal edilemez, onuru gözetmek ve korumak devletin görevidir. Ayrıca Alman Anayasasının 79. maddesinin 3. fıkrasındaki “*Ebedilik garantisi*” ile insan onuru ilkesi değiştirilemez anayasa kuralı olarak güvence alınmıştır.⁶³³ Ayrıca Alman Anayasasında ifade özgürlüğünün sınırı olarak şerefın korunması düzenlenmiştir.

Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Almanya’da insan onuru garantisinin ve onun görünüm şekillerinin sıradan bir özgürlük garantisi olmadığı, bununla birlikte özgürlük garantilerinin, insan onuru garantisinden kaynaklandığı vurgulanmıştır.⁶³⁴ Gerçekten de bu anlayışta, bütün temel haklar onurdan kaynaklanmakta ve diğer haklar ancak insan onurunun bağımsızlaşmış parçaları olarak ortaya çıkmaktadır.⁶³⁵

Peki, ifade özgürlüğü düzenlemesi bu sistemde nerede yer almaktadır? İnsan onuru garantisi ve onun görünüm şekilleri ifade özgürlüğüyle nasıl dengelenebilir? Bu sorulara yanıt verebilmek için ifade özgürlüğünü düzenleyen, Alman

⁶³¹ Bkz. Federal Almanya Anayasası, <http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf>, (26.06.2015).

⁶³² Limbach, s.66.

⁶³³ Maddede kullanılmış “ilke” ifadesinin, onur garantisinin normatifliğini zayıflatmadığını, aksine bir temel hakkı garantilediği hakkında Bkz. Starck, s.74.

⁶³⁴ Starck, s.72.

⁶³⁵ Kübler, s.151 aktarımıyla Gören, Dokunulmaz İnsan Onuru, s.31.

Anayasasının 5.maddesi incelenmelidir. Nitekim bu maddede; *“Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engelle uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır. Sansür uygulanamaz.”*^{636 637} hükmü yer almaktadır. Ancak bu madde Almanya’nın nasıl bir yaklaşım izlediğini ortaya koymaya yeterli değildir. Almanya’nın nasıl bir yaklaşım izlediği ancak tarihsel olarak açıklanabilir. Zira Alman Anayasasındaki insan onurunun dokunulmazlığına ilişkin açıklama Nazi rejiminden kopuşu simgelemektedir.⁶³⁸ Dolayısıyla bu yaklaşımda onur, mutlak olarak tanınan ve hiçbir şekilde ihlal edilemeyen bir değer olarak görüldüğünden ifade özgürlüğü arka planda kalmaktadır. O halde, tarihsel ve felsefi açıdan bakıldığında Anayasasının 5.maddesi 1.maddesi ve 2.maddesi karşılaştırıldığında ikincisinin üstünlüğü açıktır.⁶³⁹ Gerçekten, Almanya’da insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinden çıkan sonuç, insan onurundan daha değerli bir şey olmadığına ilişkindir.⁶⁴⁰ Hatta, Federal Anayasa Mahkemesi de bu duruma işaret ederek, insan onuru ilkesinin anayasanın değerler düzeninde en üst değeri gösterdiğini vurgulamıştır.⁶⁴¹ O halde, bir bütün olarak incelendiğinde görülecektir ki, Almanya’da onur ve ifade özgürlüğü arasındaki bu hiyerarşi küçümsenemez/azımsanamaz.⁶⁴²

2.6.3.1.2.2. Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de değerler arasındaki ilişki felsefi ve tarihsel olarak Avrupa’dan farklılaşmaktadır. Hatta felsefi ve tarihsel olarak bu farklılaşma hukuki düzenlemelere de yansımıştır. Nitekim Avrupa’da ifade özgürlüğünün diğer özgürlüklere önceliği yokken, ABD’de 1. Ek madde düzenlemesi yaşam ve hürriyet

⁶³⁶ Federal Almanya Anayasası için Bkz. <http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf>, (26.06.2015).

⁶³⁷ Article 5: [Meinungs-, Informations-, Pressefreiheit; Kunst und Wissenschaft] (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.”

⁶³⁸ Limbach, s.66.

⁶³⁹ Carmi, s.325-326.

⁶⁴⁰ Gören, Dokunulmaz İnsan Onuru, s.28.

⁶⁴¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 109m279 (311) no’lu kararı ve Jarrass/Pieroth, Anayasaya ilişkin yorum, 8. basım 2006, 1. madde, notlar 1 aktarımla Bkz. Limbach, s.66.

⁶⁴² Carmi, s.325.

hakkının dışında diğer tüm özgürlüklerin önüne geçmiştir.⁶⁴³ Gerçekten ABD, Ek 1.madde ile ifade özgürlüğünün korunması için eşsiz bir özgürlük sistemi kurmaya çalışmıştır.⁶⁴⁴ Nitekim birçok yazar tarafından, ABD'nin ifade özgürlüğüne olağanüstü bir derece “*extraordinary degree*” verildiği, başka hiçbir demokratik toplumda bu derece bir düzenleme yapılmadığı vurgulanmaktadır.⁶⁴⁵ ABD ifade özgürlüğüne uluslararası standartlardan daha yüksek bir koruma sağlamakta, ifade özgürlüğü ile diğer haklar arasında bir çatışma söz konusu olduğunda öneriler ve çözümler diğer demokratik toplumlardan çok farklılaşmaktadır.⁶⁴⁶

Bu bağlamda, 1964 yılında verilen New York Times Sullivan⁶⁴⁷ kararı Amerikan Anayasası Ek 1.madde modern uygulanmasında köşe taşıdır.⁶⁴⁸ Nitekim bu kararda, onur ve şerefe yönelik müdahalelerin de Ek 1.madde korumasından yararlanması gerektiği belirtilmiş, hükümetin ve kamu görevlilerinin sert ve keskin bir şekilde eleştirilebileceğine hükmedilmiştir.⁶⁴⁹ Bu kararda, kötüniet “*actual malice*”⁶⁵⁰ ölçütü biçimlendirilmiştir. Bu ölçüt, diğer alanlardaki sıkı denetim ya da yakın bir hukuka aykırı hareketi teşvik ölçütleri ile ilgisiz görünse de ifade özgürlüğünü çok geniş ölçüde korumaktadır.⁶⁵¹ Mahkemeye göre, gerçeğe aykırı ifadelerle gereken koruma gösterilmemesi hali, gerçek ifadelerin isteksiz ve çekingen açıklanmasına sebep olacağından, gerçeğe aykırı ifadelerin tümünden koruma alanı dışına çıkartılması kişilerin otosansür uygulamasına sebep olabilir ve bu eğilimlerden en çok zararı toplumsal sorunların tartışılması menfaati görebilir.⁶⁵² Bu düşüncelerle mahkeme, kamuya mal olmuş kimselere hakaret olaylarında kullanılan kötüniet

⁶⁴³ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.465.

⁶⁴⁴ Carmi, s.338.

⁶⁴⁵ Carmi, s.338.

⁶⁴⁶ Schauer, s.30

⁶⁴⁷ New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254 (1964) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>, (19.06.2015). Ayrıca Bu karar sonrası Ek 1.madde teorisinin modern babası sayılan Alexander Meiklejohn, kararı New York Times'ın sokaklarda dans etmesi yol açması şeklinde değerlendirmiştir. Bkz. Richard Epstein, Was New York Times v Sullivan Wrong?, 53 **University of Chicago Law Review** 782 (1986), s.782.

⁶⁴⁸ Howard Wasserman, **A Jurisdictional Perspective on New York Times V. Sullivan, Northwestern University Law Review**, Vol. 107, No. 2, s.913.

⁶⁴⁹ Karar ile ayrıntılı değerlendirmeler için Bkz. Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.162.

⁶⁵⁰ Kötüniet standartının gerekli olup olmadığı konusunda Bkz. Weaver, Russell L./Bennett, Geoffrey; Is The New York Times "Actual Malice" Standard Really Necessary? A Comparative Perspective, 53 **La. L. Rev.**, 1993.

⁶⁵¹ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.69.

⁶⁵² Carmi, Üç Demokraside Düşünce, s.162.

ölçütü hakaret oluşturan düşünce açıklamalarını bunlar “*adamsendeci bir ilgisizlik içinde açıklanmadıkça*” korumaktadır.⁶⁵³

Gerçekten, hem New York Times Sullivan hem de Hustler Magazine v Falwell⁶⁵⁴ kararlarıyla başlayan içtihatlarda Amerika Birleşik Devletlerinde çatışan hukuki değerler arasında tartımın somut olaya göre yapılmadığını ve kişilik haklarıyla çatıştığında ifade özgürlüğünün genel bir üstünlükten yararlandığını göstermektedir.⁶⁵⁵

ABD’de Ek 1.maddesinin genellikle ifade özgürlüğünün diğer haklar karşısında dengelemesine karşıdır.⁶⁵⁶

2.6.3.1.2.3. Sistemlerin Değerlendirilmesi ve Dengeleme

Almanya’nın ve Amerika Birleşik Devletleri’nin gerek değerler çatışmasına gerekse bu çatışmanın çözümüne ilişkin yaklaşımları birbirinden oldukça farklıdır. Nitekim Almanya’da, Amerika Birleşik Devletlerinin aksine, çatışan hukuki değerlerden hiçbirisi öncelikten yararlanamadığından öncelikle somut olayla ilgili bir tartım yapılmaktadır. Değerler arasında yapılan tartım, anayasal düzlemde oluşan bu çatışmanın genellikle itibarın korunması lehine çözümlenmesini sağlamaktadır.⁶⁵⁷

Yukarıda ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere, Alman Anayasasında ifade özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak itibarın korunması öngörülmüş ve temel hakkın özünün korunabilmesi için bu sınırlamanın temel hakkın ışığında yorumlanması ve uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁵⁸ Ayrıca, yargı kararlarında farklı sonuçlara yol açan ve somut olayla ilgili tartımdaki belirsizlikleri azaltan bir yapı oluşturulmuştur.⁶⁵⁹ Bu bağlamda, değer yargıları ve olay iddiaları arasında ikili bir ayırım yapılmıştır: Değer yargıları, söyleyenle söyledikleri arasındaki subjektif ilişki ile belirlenirken, olayın iddiası ise, söylenenle gerçek arasındaki objektif ilişki

⁶⁵³ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.69.

⁶⁵⁴ Karar hakkında değerlendirmeler için Bkz. Hustler v Falwell: Hustler v. Falwell: Worst Case in the history of the World John M. Kang, <http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=nlj>, (22.06.2015).

⁶⁵⁵ Kanadoğlu, s.58.

⁶⁵⁶ Tony Mauro, **Lot of Cases Tends to Favor First Amendment**, Freedom Forum, at <http://www.freedomforum.org/templates/document.asp?documentID=14397>, (22.05.2015)

⁶⁵⁷ Kanadoğlu, ss. 58-60.

⁶⁵⁸ Kanadoğlu, s.60.

⁶⁵⁹ Kanadoğlu, s.60.

ile belirlenmektedir.⁶⁶⁰ Nitekim, değer yargısından, söyleyenin kişisel subjektif görüşü olarak algılanıp uzak durulabilirken, olay iddiaları söyleyenden bağımsız objektif bir gerçeklikte ortaya çıkmakta ve bu iddialardan uzak kalmak zor olduğu gibi değer yargılarından daha büyük bir korunma ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.⁶⁶¹ Federal Anayasa Mahkemesi tartımı yaparken, açıklamanın en yumuşak araçla yapılmasını şart görmemiş, eleştiriden ne anlaşıldığına kişinin kendisinin karar verebileceğini öngördüğü gibi, eleştirilen konunun kamu çıkarıyla ilgili olması durumunda ifade özgürlüğünden yararlanılmasını ya da tartışmaya kendisi katılan kişinin, diğer herhangi bir kişiden daha fazla eleştiriye katlanması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶²

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise Avrupa'da geçerli olan *somut dengeleme(konkrete Abwägung)* anlayışı uygulanmamakta, ifade özgürlüğü ile diğer haklar, somut olay için eşit düzeye getirilip tartılırken, tartım *tanımsal dengeleme(definitional balancing)* doktrini çerçevesinde soyut olarak yapılmakta ve ifade özgürlüğüne üstünlük verilmektedir.⁶⁶³ Hatta Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulamada sıklıkla haksız uygulamalara yol açabilecek bir kanun ifade özgürlüğü güvencesini ihlal etmese bile Anayasaya aykırı bulunabilmektedir.⁶⁶⁴

Türk Hukukunda ise, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi somut olayda çatışan bu hakların ne şekilde uyumlaştırılacağı sorunu bu değerlerin tartımı yoluyla çözümlenmektedir.⁶⁶⁵ Nitekim, Anayasa Mahkemesi 07.07.2015 ve 16.04.2015 tarihli kararlarında, devletin bireylerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer taraftan Anayasada güvence altına alınmış olunan düşünceyi yayma ve yararlanma hakkı arasında *adil bir denge kurması* gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁶⁶ Bu denge kurulurken, Anayasanın 13.ve 26.maddeleri kapsamında demokratik toplum düzeninin gere"klere gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir

⁶⁶⁰ Kanadoğlu, s.60.

⁶⁶¹ Kanadoğlu, s.61.

⁶⁶² Kanadoğlu, s.63.

⁶⁶³ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.465.

⁶⁶⁴ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.466.

⁶⁶⁵ Kanadoğlu, s.66.

⁶⁶⁶ Any Mah., 07.07.2015 tarih, Başvuru No: 2014/6128, parag.49; Any Mah., 16/4/2015 tarih, Başvuru No:2013/7861, parag.24.

denge'nin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gerekir.⁶⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, bunun sonucu olarak, başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yerinde olup olmadığı incelenirken soyut bir değerlendirme yapmayıp; başvurucuların kullandığı *ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının* tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁶⁶⁸

Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2014 tarihli kararı değerler çatışmasında nasıl bir yol izlediğini göstermek açısından oldukça önemlidir. Nitekim Yargıtay *“Başvurucunun ifade ve basın özgürlüğü ile şikayetçinin itibar hakkı arasında makul bir denge'nin kurulup kurulmadığı bu çerçevede başvurunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir. Burada sözü edilen her iki hak da anayasal haklar olup eşit düzeyde korunmaları gerekir.”*⁶⁶⁹ diyerek çatışma halinde olan iki hakkın da eşit düzeyde korunduğunu vurgulamıştır. Ancak ülkemizde doktrinde ve uygulamada iki hakkın her ne kadar eşit düzeyde korunduğu vurgulansa da yargı kararlarında genellikle itibarın korunmasının ifade özgürlüğüne üstün geldiği söylenebilir. Nitekim bahsettiğimiz bu kararda da, kamu görevlilerinin kamusal yetkilerini kullanmalarıyla ilgili ifadeler kullanıldığı halde kişiyi itibarsızlaştırdığı vurgulanmış ve ifadelerin özgürlük korumasından yararlanamayacağına hükmedilmiştir. O halde, kamu görevlisine yöneltile ve gerçekte en yüksek koruma görmesi gereken kamusal hizmetin yürütülmesine yönelik ifadeleri dahi korumayan Anayasa Mahkemesinin her iki hakkı eşit gördüğü söylenemez.

Ancak Yargıtay kararlarında her ne kadar denge kurulması gerektiği belirtilse ve kimi zaman bazı ölçütler öngörülse de,⁶⁷⁰ somut olaya tüm bu ölçütler uygulanarak kararlar verilmiş değildir. O halde, denge'nin nasıl kurulacağına ilişkin AİHM kararlarını incelemek gerekmektedir.

⁶⁶⁷ Any Mah., 07.07.2015 tarih, Başvuru No: 2014/6128, parag.49.

⁶⁶⁸ Any Mah., 07.07.2015 tarih, Başvuru No: 2014/6128, parag.58.

⁶⁶⁹ Any Mah., 23.01.2014 tarih, Başvuru No: 2013/2602, parag.74.

⁶⁷⁰ Bkz. Y.4. CD., 28.01.2014, E. 2012/16551 K. 2014/2237, Y.4.CD., 28.01.2014, E. 2012/1655, K. 2014/2237.

Her ne kadar kişinin itibar ve şöhretinin özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak korunması gerektiği belirtilmese de, AİHM son yıllarda verdiği kararlarda kişinin itibarının onun özel hayatına saygı hakkının bir parçası olarak korunduğunu ifade etmektedir.⁶⁷¹ Dolayısıyla AİHM, bu çatışmayı çözerken özel hayatı düzenleyen AİHS m.8 ile ifade özgürlüğünü düzenleyen m.10 arasında adil bir denge kurmaya çalışmaktadır. Nitekim AİHM, Axel Springer ag/ Almanya davasında ifade özgürlüğüyle başkalarının şöhretinin çatışması halinde çatışan menfaatlerin dengelenip dengelenmediğini, dolayısıyla müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığını tespiti kolaylaştıran kriterler geliştirmiştir⁶⁷²: Bunlar; a) *yazı - ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara dair bir tartışmaya sağladığı katkı*, b) *hedef alınan kişinin sosyal kimliği, yazı ve ifadeye kaynak davranışı* c) *yazının amacı*, d) *bilginin kaynağı ve doğruluğu* e) *yayının içeriği, biçimi ve sonuçları* f) *yaptırımın ağırlığı* olarak ifade edilmiştir. Kanaatimizce, özel hayat hakkı ile ifade özgürlüğü çatışması halinde uygulanacak bu ölçütler her zaman itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün çatışması halinde uygulanamaz.

Özetlemek gerekirse, doktrinde bir yandan ifade özgürlüğü ile kişilik haklarının çatışmasında, dengelemenin hukuki belirsizlik doğuracağından bahisle⁶⁷³ ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü gibi kavramların soyut kavramlar olarak ele alınıp birinin diğerine üstünlüğü ileri sürülemeyeceği belirtilmekteyken,⁶⁷⁴ diğer yandan, anayasa hukukunun en üstün prensibi ve normu olan insan onurunun başka bir değer veya temel hak ile tartımının yapılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.⁶⁷⁵ Dolayısıyla bir görüş en üstün değer olarak ifade özgürlüğünü görmekteyken, diğer görüş anayasal prensip olarak en yüksek hukuksal değer olarak onur ve itibarın korunmasını görmüş⁶⁷⁶ ve onuru ifade özgürlüğünden daha üstün görerek itibarın

⁶⁷¹ Chauvy and Others v. France, 64915/01, 29.06.2004, parag.70; White v. Sweden, 42435/02, 19.09.2006, parag.26; Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue v. Belgium, 64772/01, 09.11.2006, parag.67; Pfeifer v. Austria, 12556/03, 15.11.2007, parag.35. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Salihpaşaoğlu, 243.

⁶⁷² Axel Springer/ Almanya, Başvuru No: 39954/08 Karar için Bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034#{"itemid":\["001-109034"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034#{), (09.06.2015). Y.4.CD., 27.01.2014, E. 2012/24272, K. 2014/2145 sayılı kararın karşı oy yazısında AİHM'in getirdiği bu ölçütler belirtilmiştir.

⁶⁷³ Gören, Dokunulmaz İnsan Onuru, ss. 30-31. Nitekim, bu görüşe göre hakkı kullanan kişi, hakkını kullanırken bir diğer kişinin hakkının bir sınır oluşturup oluşturmadığı ya da ne zaman oluşturduğu konusunda kolayca bir değerlendirme yapamayacaktır.

⁶⁷⁴ Tandoğan, s.20.

⁶⁷⁵ Şimşek, s.58.

⁶⁷⁶ Şimşek, s.59.

korunması amacıyla kısıtlanabileceği belirtilmiştir.⁶⁷⁷ O halde, doktrinde hâkim olan üç görüş söz konusudur. Dolayısıyla görüşlerden biri soyut tartımda ifade özgürlüğüne önem verilmesi gerektiğine vurgularken⁶⁷⁸ diğer görüş, itibarın korunması amacıyla sınırlanabileceği düzenlemesinden yola çıkarak itibarın korunmasının daha önemli olduğunu vurgulamaktadır. Üçüncü görüş ise, böyle soyut bir dengelemenin doğru yapılamayacağından bahisle çatışan haklar arasında somut olaya göre dengeleme metotlarının oluşturulması gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu görüş de, hukukun ve uygulamanın sıklıkla belirli bir onur/özgürlük dengesi ortaya koyması onur ve özgürlüğün ayırt edilememesine sebep olduğundan bahisle eleştirilmektedir. Yargıtay birçok kararında çatışan yararları tartarak ifade özgürlüğünün hangi koşullarla kişilik haklarının üstünde tutulacağını ve hangi sınırları aşmaması gerektiğini belirtmiş, bu konuda bazı ilkeler belirlemiştir. Yargıtay bir Hukuk Genel Kurulu kararında bu ilkeleri şu şekilde belirtmiştir.⁶⁷⁹ “*Basın özgürlüğünün kişilik haklarına üstün tutulabilmesi için: Haberin gerçeğe uygun olması, gerçeğe uygun yayımın haber niteliği taşıması, gerçeğe uygun haberlerin verilmesinde nesnel (objektif) ölçütlere uyulması, haberin veriliş biçimi yönünden, özle biçim arasında ölçülülük bulunması gerekir. Bir yayımın hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi, ancak, açıklanan bütün bu koşulların birlikte varlığı halinde mümkündür. Yapılan bir yayım, bu temel ilkelerden herhangi birine ters düşüyorsa, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Önemle vurgulanmalıdır ki, yayımlanmasında kamu yararı bulunan, gerçek ve güncel bir haberin veya eleştirinin, özle biçim arasında denge kurulmak suretiyle verildiği durumlarda, manevi tazminat sorumluluğunun temel ögesi olan “hukuka aykırılık gerçekleşmeyeceğinden, basının sorumluluğu da söz konusu olamaz.” Ancak kanaatimizce, eleştiri hakkı haber verme esaslarıyla değerlendirilemeyeceğinden*

⁶⁷⁷ Altun, s.9.

⁶⁷⁸ Nitekim bu görüşe göre, kamu kurumlarının (mahkemeler de dahil olmak üzere) ve Yasama Organlarının ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlama hakkı oldukça kısıtlıdır. İfade Özgürlüğünü kısıtlayan (örn; hakaret yasaları) yasalar mahkemelerce Anayasal hakları koruyucu mümkün olan en geniş yorum ile yorumlanmalıdır. Böylelikle Anayasanın kendisinden doğan çakışan haklar dengelenir. Bkz. Soerhing, Jörg; Türkiye’de İfade ve Basın ve Özgürlüğü Projesi, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet13/Dr%20J%C3%B6r%20Soehring%20Yuvarlak%20Masa%20Sunumu.pdf>, (24.05.2015), s.6.

⁶⁷⁹ Y.HGK., 06.03.2002, E.2002/4-115, K.2002/151, aynı yönde Y.HGK. T. 14.2.2001, E. 2001/4-103, K. 2001/123.

koşulların neler olması gerektiğine ilişkin olarak sınırlar çizilmesine ilişkin farklı ölçütler kullanılmalıdır.

Bir ifadenin eleştiri hakkından yararlanıp yararlanamayacağı belirlenirken öncelikle eleştirinin kime karşı yapıldığı ve neye yöneldiği hususu önem kazanmaktadır. O halde, öncelikle AİHM kararları ve ABD’de verilen yargı kararlarındaki değişim ve gelişimi ayrı ayrı incelemek ve sonrasında ülkemizdeki yargı kararlarının değerlendirilmesini yapmak gerekmektedir.

AİHM’in ifade özgürlüğü ve eleştiri hakkına ilişkin ilk önemli kararı 1976 tarihli Handyside Birleşik Krallık davasıdır.⁶⁸⁰ Nitekim kararda; *“ifade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya tehlikesiz görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır.”* denilerek demokratik toplumun temeli olarak bu durum görülmüştür. Siyasetçilere yönelik eleştiri hakkına ilişkin standartlara ilişkin ilk karar ise, 1986 tarihli Lingens Avusturya⁶⁸¹ kararıdır. Nitekim bu davada *“kabul edilebilir eleştiri”*den ilk kez bahsedilmekte ve siyasetçilerin eleştiriye daha çok katlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Castells İspanya⁶⁸² kararı da bir dönüm noktası niteliğindedir. Zira, kararda siyasetçiye değil de siyasi faaliyete ilişkin eleştiriye ayrı bir önem atfedilmiştir. Gerçekten bu kararla, hükümeti eleştirmenin sınırlarının şahısları hatta politikacıları eleştirmekten daha geniş olduğu vurgulanmıştır.⁶⁸³ Dolayısıyla belirli bir siyasetçi değil de, siyasi oluşumun siyasal faaliyetleri eleştiri konusuysa en üst düzeyde korunması gerektiğini bu karar ortaya çıkarmıştır.⁶⁸⁴ AİHM 2003 yılında verdiği Lesnik Slovakya ve Steur Hollanda kararlarında, resmi görevini ifa eden kamu görevlilerinin, siyasetçiler kadar olmasa da normal vatandaşlara göre eleştirilere daha açık olması gerektiğini, eleştirilerin daha geniş sınırlarının olduğunu kabullenmek durumunda olduklarını bununla beraber her bir söz ve hareketleri konusunda kendilerini siyasetçilerle aynı ölçüde ve bilinçli olarak yakın denetime açtıkları ve dolayısıyla hareketlerinin eleştirisi

⁶⁸⁰ Handyside v. The United Kingdom, Başvuru No:5493/72, parag.49.

⁶⁸¹ Lingens v. Australia, Başvuru No:9815/72, parag. 37,41.

⁶⁸² Castells v. İspanya, Başvuru No:11798/85.

⁶⁸³ Castells v. İspanya, parag.46.

⁶⁸⁴ Sınar, Siyasetçilere Yönelik Eleştiri Hakkı, s.149.

konusunda onlarla aynı ölçütler temelinde değerlendirilmeleri gerektiğinin söylenemeyeceğini belirtmektedir.⁶⁸⁵

İkinci olarak ABD’de hangi ifadenin özgürlük korumasından yararlanıp yararlanmadığına ilişkin kararların tarihsel sürecine bakılmalıdır. Önceleri kamu görevlileri siyasetçileri kapsamaktayken 1967 yılında verilen *Curtis Publishing Co v. Butts*⁶⁸⁶ kararıyla kamu görevlileri kavramı kamuyu ilgilendiren kimseleri (*public figure*) kapsayacak şekilde genişlemiş, 1974 yılında ise, bu ölçütün özel kişilerle ilgili uygulanıp uygulanamayacağı tartışması eklenmiş ve *Gertz v. Welch, Inc.*⁶⁸⁷ kararında kamusal yaşamın içindekiler kavramı daha da genişlemiş, dolayısıyla bu kapsama sürekli kamuoyunun ilgisinde olan kişiler değil, aynı zamanda çeşitli sebeplerle kamuoyunun ilgisini çeken kimselerin de girdiği saptanmıştır.⁶⁸⁸ *Times* kararıyla bu ölçüt daha da genişlemiş ve kamuyu ilgilendiren sorunlarda açıklamaların her türlü korunacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla ABD’de önce özel-kamusal kişi ayrımı yapılmış, zamanla bu ayrım yerini kamusal sorunlara ve kamusal sorunların çözümü olan önemli konumlara sahip kişilere bırakılmış, son olarak da özel-kamusal kişi arasındaki ayrım kaldırılmış ve sorun kamuoyunu ilgilendiren bir hal olup olmadığına ilişkin çözümlenmiştir.⁶⁸⁹ En sonunda bu ölçüt kişilerin kamuoyunun gözünün önüne isteyerek düşüp düşmediğine göre bir ayrıma yerini bırakmıştır.⁶⁹⁰ Bu noktada, ABD’de hakaret öğretisinde en önemli nokta, kamusal kişilerin eleştirilmesinde basit kastı aşan kötü niyet ölçütü (*actual malice*) aranmasıdır.⁶⁹¹

⁶⁸⁵ AİHM, kamu görevlilerinin, görevlerini yerine getirmek için toplumun güveninden, bu güveni haksız yere bozmaksızın yararlanmak zorunda olduklarını siyasetçilere göre daha az özenli bir denetime tabi olmaları sebebiyle kamu görevlilerinin saygınlığının, kabul edilebilir bir eleştirinin ötesine giden, fonksiyonlarını etkilemeyi ve saygınlıklarına zarar vermeyi amaçlayan hakaret ve sövme oluşturan sözlü saldırılara karşı korunması gerektiği, ayrıca fiil isnadına dayanmayan ve ispat gerektirmeyen değer yargılarından ibaret sözlerin sarsıcı olsa bile eleştiri hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmektedir (*Hriko- Slovakya* kararı, 2004, *Jerusalem-Avusturya* kararı, 2001, *Sokolowski-Polonya* kararı, 2005, prg. 47; *Paturel-Fransa* kararı, 2005, prg. 37; *Harris/Boyle/Bates/Buckley, Busuioc-Moldova* kararı 2004). Bu kararlara bu şekilde özetleyen ve atıf yapan karar için Bkz. 4.CD., 28.01.2014, E.2012/16551 K.2014/2237.

⁶⁸⁶ 388 U.S. 130(1967).

⁶⁸⁷ 418 U.S. 323(1974).

⁶⁸⁸ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.163.

⁶⁸⁹ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.164.

⁶⁹⁰ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.165.

⁶⁹¹ Cezai tazminata hükmedilebilmesi için bu ölçütün arandığı hakkında Bkz. Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.166.

Ülkemizde ise, eleştiri hakkının kime karşı yapıldığı ve neye yöneldiği konusunda benimsenen ölçütler için Anayasa Mahkemesi kararları yol gösterici nitelikte olmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında hedef alınan kişinin kimliği üzerinde ayrıca durulması gerektiği belirtilmekte ve şu şekilde bir değerlendirme yapılmaktadır: *“İfade ve basın özgürlüğüne yapılacak müdahalenin haklılığı konusunda ‘‘hedef alman kişinin kimliği ve ifadenin içeriği’’ üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Kişilerin hak ve şöhretlerinin korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yapmak gereklidir. Kamuya mal olmuş kişilerin özellikle siyasetçilerin ve gazetecilerin şöhreti söz konusu olduğunda toplumun bu kişilerle ilgili olarak haber alma hakkı da dikkate alınarak daha fazla eleştiriye tahammül etmeleri gerektiği ve bu alanda basın özgürlüğünden daha geniş olduğu, kamu görevlileriyle ilgili haber ve yorumlarda kamu görevlilerinin görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerektiği, bunun ise kamu görevlilerinin asılsız suçlamalara karşı korunmakla sağlanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.”*⁶⁹² Dolayısıyla ülkemizde de, ABD’de ve Avrupa’da olduğu gibi, siyasetçilerin daha özel bir konuma sahip olduğu ve eleştiriye daha fazla tahammül etmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi verdiği bir diğer kararda, kamu görevlileri ile siyasetçiler arasında bir ayrıma gitmiştir⁶⁹³: *“Başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirme yapılması gerekir. Özellikle ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması hâlinde, eğer şöhreti söz konusu olan kişi sade vatandaş ise koruma üst düzeyde şöhretten yana tutulmalı, siyasetçinin şöhreti söz konusu ise ilke olarak tercih ifade özgürlüğünden yana kullanılmalıdır.”* Bu kararla, siyasetçilerin kamu görevlilerinden, kamu görevlilerinin normal vatandaşlardan daha çok eleştiriye tahammül etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

⁶⁹² Any. Mah., 23.01.2014, Başvuru Numarası:2013/2602,parag.23.

⁶⁹³ Any.Mah., 16/04/2015, Başvuru Numarası:2013/7861, parag.40 ve Any.Mah., 16/7/2014, Başvuru Numarası:2012/1184, parag.45.

Anayasa Mahkemesi, geçtiğimiz günlerde ifade özgürlüğüne ilişkin önemli bir karara imza atmıştır: *“Başvurucunun dava konusu konuşmalarında Anayasa değişikliği referandumunu analiz etmesinin ve değişikliği eleştirmesinin genel olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da diğer kişilere göre daha fazladır. Bu sebeplerle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “başkalarının şöhret ve haklarının” korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.”*⁶⁹⁴ Anayasa Mahkemesi bu kararla, kamu yararını ilgilendiren meselede eleştirinin daha geniş olacağını vurgulamıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarından farklı olarak, kamu yararını en üst korumadan yararlanan bir durum olarak görmemiş ve siyasal faaliyetlere yapılan eleştirilerin siyasetçilere yapılan eleştirilerden daha fazla korunacağına ilişkin bir karar vermemiştir. Ancak kanaatimizce, ifade özgürlüğünün kişisel çıkarlar için mi yoksa kamuoyunu önemli bir ölçüde ilgilendiren sorun bağlamında mı kullanıldığı önem taşımaktadır.⁶⁹⁵ Gerçekten eğer tartışmalı ifade, kamuoyunu önemli ölçüde ilgilendiren bir soruna katkı sağlıyorsa ya da kamuoyunun oluşumunu etkiliyorsa ifade özgürlüğü lehine bir karinenin varlığını kabul etmek gerekir.⁶⁹⁶ Dolayısıyla gerek Avrupa’da gerekse Amerika Birleşik Devletleri’nde olduğu gibi ülkemizde de kamuoyunu ilgilendiren bir tartışmada bu ifade özgürlükten yararlanmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararda her ne kadar bu durumu vurgulamasa da, referanduma ilişkin bir panelde söylediği *“Çözüm bizlerdedir. Yani sizlerdedir. Yani oylar muzdadır. O oylar bilinçliyse ne ala bilinçli olmayan yani % 42 ’nin dışında olan oylar bana göre gaflet, delalet ve hıyanet içindedir. Hıyaneti hepimiz biliyoruz. Bizi sömürmek üzere kendi menfaatlerine göre buraya gelmiş olanları ben suçlamam. Onlar kendi ülkeleri için çalışıyorlar. Bizimkilerde kendi ülkeleri için çalışırlarsa o emperyalist güçlerin emrinde iş birlikçi olmazlar.”* ifadelerin isabetli olarak ifade özgürlüğü korumasından yararlanması gerektiğine hükmetmiştir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, eleştiri hakkının sınırlarının doğru tespit edilebilmesi için kanaatimizce izlenmesi gereken yol şu şekildedir: Öncelikle eleştirinin kamuoyunu ilgilendiren bir konuya ilişkin olup olmadığı saptanmalıdır.

⁶⁹⁴ Any. Mah., 07.07.2015, Başvuru Numarası: 2014/6128.

⁶⁹⁵ Sancar, s.215.

⁶⁹⁶ Sancar, s.215.

Şayet kamuoyunu ilgilendiren bir konuysa –Amerika Birleşik Devletleri sistemine benzer şekilde- kişinin kamuoyu gündemine kendi isteğiyle gelip gelmediği değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğünün kişisel çıkarlar için mi yoksa kamuoyunu önemli bir ölçüde ilgilendiren sorun bağlamında mı kullanıldığı önem taşımaktadır.⁶⁹⁷ Eğer tartışmalı ifade, kamuoyunu önemli ölçüde ilgilendiren bir soruna katkı sağlıyorsa ya da kamuoyunun oluşumunu etkiliyorsa ifade özgürlüğü lehine bir karine varsayılmalıdır.⁶⁹⁸ Nitekim, bu karineye göre, ifadenin kamusal değil kişisel amaçlarla yapıldığını, bunu iddia edenin kanıtlaması, aksi takdirde, ifadenin kamusal amaçlarla yapıldığının ve ifade özgürlüğünün koruma alanında kaldığı kabul edilmelidir.⁶⁹⁹ Eğer kişi kendi isteğiyle gündeme geldiyse, eleştiriyi yönelten şahıs her şekilde ifade özgürlüğünden yararlanmalıdır. Şayet olay kamuoyunu ilgilendirmeyen bir meseleyse ya da ifadenin yöneldiği kişi kendi isteğiyle kamuoyunun gündemine gelmediyse, ifadenin kime yöneltildiği hususunda tespit yapılarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda siyasetçi ya da kamu görevlilerinin özel alanları dar kabul edilerek kamuoyunu ilgilendirmeyen bir sorunda dahi eleştirilmesi kabul edilmelidir. Nitekim, kamu görevlilerin veya siyasetçilerin özel yaşam alanlarındaki etkinlik ve görünüşleri, kamu görevinin gerektirdiği güvenilirlik ve tarafsızlık bakımından önemli izler ve işaretler taşıyabileceğinden kamuoyunu ilgilendiren sorun olmasa dahi bu kişilerin eleştirilmesi geniş kapsamda düşünülmelidir.⁷⁰⁰ Ayrıca kamu görevlisi kavramı kanaatimizce geniş anlaşılmalı ve siyasetçi ile arasında bir fark yaratılmamalıdır.

Ayrıca tartım yapılırken dikkat edilecek hususlardan biri, organlarda yer alan kişilerin eleştirilmesinin, organın eleştirilmesi anlamına gelmeyeceğidir. Nitekim organın varlığının eleştiri konusu yapıldığından bahsedebilmek için fiilinin tüm organı, organın varlığını, “*manevi şahsiyeti*”ni hedef alması gerekmektedir.⁷⁰¹

Tartım yapılırken, değer yargısı mı yoksa bir olay mı olduğu tespit edilmelidir. Şayet ortada bir değer yargısı söz konusuysa doktrinde ve uygulamada yapıldığının aksine değer yargısının hukuka uygunluk sebebi oluşturabileceği göz

⁶⁹⁷ Sancar, s.215.

⁶⁹⁸ Sancar, s.215.

⁶⁹⁹ Sancar, s.215.

⁷⁰⁰ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.164.

⁷⁰¹ Devlet adına kişinin korunması anlamına gelen “*crimen majestatis*” anlayışı günümüzde terk edildiği hakkında Bkz. Sancar, s.225.

önünde tutulmalıdır. Bu noktada, AİHM'in, Fransa Eon kararı⁷⁰² önem arz etmektedir. Cumhurbaşkanının elini sıkmayan vatandaşa, cumhurbaşkanının “*defol git, gerizekalı*” demesi üzerine, başka bir gösteride bu durumu protesto etmek isteyen bir vatandaşın “*defol git geri zekalı*” yazılı bir pankart kaldırmasıyla başlayan olayda Eon, cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle 30 Euro sembolik para cezasına çarptırılmıştır. Fransa’da çok yankı bulan bu kararda AİHM, Eon’un hiciv yaptığını belirterek ifade özgürlüğünden yararlanması gerektiğini vurgulanmıştır. Hatta bu karar öyle etkili olmuştur ki, Fransa’da cumhurbaşkanına hakareti suç olarak öngören düzenleme bu olay sonrası kaldırılmıştır.

Ayrıca tartım yapılırken, kullanılan ifadelerin metnin bütünü içinde değerlendirilmeli, metin içinden bazı kelimeler ve cümleler özellikle seçilmemelidir.⁷⁰³ Bu bağlamda yargı kararlarındaki isabetsizliğe de dikkat çekilmelidir. Nitekim kararlar, metnin bütününe değerlendirmekten ziyade, metinden kelimeler ve cümleler seçilerek ona ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Ayrıca kararlarda, fiilin rencide edici olmasından gerekenin nasıl tespit edildiğine ilişkin açıklamalar da yapılmamaktadır. Örneğin, “*Sanık Cumhuriyet savcısının yazı işleri müdürü olan mağdure A. E.'a, "sen emir köpeği misin", "senin çirkin suratını görmek istemiyorum" şeklinde sözler söylediği 30.06.2009 tarihli tutanak kapsamı, mağdure ve tanık beyanlarından anlaşıldığından, sanığın üzerine atılı eylemin sabit olduğu, onur, şeref ve saygınlığı rencide eder nitelikte gerçekleşen bu eylemin 5237 sayılı TCK'nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçunu oluşturduğu*”,⁷⁰⁴ “*sanığın sahibi ve sorumlu müdürü olduğu "... " isimli aylık derginin suç tarihli sayısının 12. sayfasında katılan öğretmeni amaçlayarak "... hiç kimse devlet okulunda ağalık gösterisinde bulunamaz, okulları kendi çiftlikleri, öğrencileri kendi damızlık hayvanları sananlar... bu tür insanlar okuldan çok çayırlara layıktır*” sözlerine yer vererek, verilen haber açısından bir yarar sağlamayan; okuyanlar üzerinde katılanın çayırdan otlayan hayvana benzediği izleniminin uyanmasına yol açacak biçimde küçük düşürücü değer yargısında bulunan ve bu nedenle de haber ve eleştiri sınırını aşan sanığın eylemini, hukuka uygun kılan eleştiri ve yorum çerçevesinde kaldığını

⁷⁰² Eon v. France, 14.03.2013, Başvuru No:26118 /10.

⁷⁰³ Bu yönüyle Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği Dink kararının eleştirilmesinin sebeplerinden biri de metnin bütününe dikkate alınmamasıdır. Karar için Bkz. Y.CGK, 11.07.2006, E.2006/9-169 K.2006/184.

⁷⁰⁴ YCGK., 11.02.2014, E. 2013/4-521 K. 2014/54

bildiren bilirkişi kurulunun yetersiz düşüncesiyle ve de sanığın pehlivan olması nedeniyle bu biçimde yazı yazdığını belirten gerekçeyle hüküm kurulması”⁷⁰⁵ ya da “*sanığın gazetede yayınlanan açıklamasında katılan hakkında " Veysel, yolsuzlukları, esnafa karşı haksızlıkları ile adam boyunca pisliğin içine batmıştır"* sözlerine yer verecek küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu suçu hukuka uygun kılan eleştiri çerçevesini aştığı”⁷⁰⁶ şeklinde verilen kararlarda onur, şeref ve saygınlığı rencide edici nitelikte olan fiillerin nasıl tespit edildiğine ilişkin bir tespit yapılmamıştır. Ancak tespit edilmesi elzemdir.

Bu konudaki sorun, rencide edici fiilin kime göre belirleneceğidir. Nitekim rencide edici fiilin, öznel açıdan mı(mağdur açısından mı) yoksa nesnel açıdan mı(orta zekaya sahip kişiler-örf adet kurallarına) değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Kanaatimizce bu konudaki tartışmalar ifade özgürlüğü lehine adi bir karine oluşturularak çözümlenmelidir.

⁷⁰⁵ Y.4CD., 10.12.1996, E. 1996/8296 K. 1996/9384.

⁷⁰⁶ Y.4.CD., 24.09.2003, E.2002/25305 K.2003/8178.

SONUÇ

Eleştiri hakkı kapsamında korunan ifade ile suç oluşturan ifade arasındaki sınırda olan ya da bu sınırı aşan ifadeler güçlerini temel olarak iki tabu alanından almıştır:⁷⁰⁷ din ve insan bedeni, kutsal ve kutsal olmayan. Antik Roma’da kutsal olmayan ve müstehcen ifadeler yankı bulurken, Ortaçağda en sarsıcı ve güçlü ifadeler beddualar/yeminler arasından seçilmiştir. Rönesansla beraber denge kutsal olandan olmayana kaymış, bir grup sert ve sarsıcı ifadeler güçlerini kaybetmiş ve bunun yerine cinsel müstehcenlik yükselmiş; ancak zamanla cinsel içerikli kelimeler de toplumlarda daha çok işitilmeye başlandığında bu etkisini kaybetmiş ve önemsiz görülmeye başlanmış ve günümüzde ırka dayalı/yönelen hakaretlere yerini bırakmıştır.⁷⁰⁸ Ülkemizin dünyanın yaşadığı bu değişimin neresinde yer aldığını – tarihsel sürece girmeden- anlayabilmenin en kolay yolu dinamik özellik arz eden ve her çağın şartlarına göre değişen yargı kararlarını ele almaktır. Nitekim “*Allah belanı versin*”, “*Cezanı versin*” vb. ifadeler, önceleri hakaret teşkil etmekteyken, şu an istikrar kazanan kararlarda bu ifadelerin beddua niteliğinde olduğu vurgulanarak hakaret teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.⁷⁰⁹ Dolayısıyla, başlangıç niteliğinde kutsal olandan kutsal olmayana doğru kayma ülkemizde de görülebilir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz türden ifadelerin-küfürler dahil-, suç oluşturmayaabileceği ya da farklılaşacağı ihtimali ülkemizde ne doktrinde ne de uygulamada tartışmaya açılmıştır.

Tarihsel açıdan bakıldığında hakaretin suç olarak öngörülmesi ve cezalandırılmasının dört sebebi vardır: düellonun engellenmesi, kamu düzenini bozucu bireysel tepki verilmesinin önüne geçmek istenmesi, yöneticilerin kendilerini ve makamlarını koruma arzusu ile kişilerin şöhretlerinin korunması isteği. Her ne kadar ilk sebep günümüzde önemini yitirse de ikinci, üçüncü ve dördüncü sebepler kimi ülkelerde hala varlığını sürdürmektedir. Ancak, söz gelimi Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Gürcistan, Yeni Zelanda, Arjantin ve Ukranya gibi ülkelerde saydığımız ikinci, üçüncü, dördüncü sebepler de varlığını yitirmiş ve hakaret suç

⁷⁰⁷ Melissa Mohr, **Küfür Etmenin Kısa Tarihi**, (Çev.Zeynep Abacı), Zeynep Abacının önsözü, Aylak Kitap, 2015, s.290.

⁷⁰⁸ Mohr, s.290.

⁷⁰⁹ Bkz. Y.4.CD., 30.10.2013, E.2012/ 8506 K.2013/26562, Y.2.CD., 13.6.2013, E. 2011/30440, K. 2013/15941, Y.2.CD., 05.06.2013, E. 2011/27776, K. 2013/14716.

olmaktan çıkarılmıştır. Ayrıca, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi ve Article 19 gibi kurum ve kuruluşlar da hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik çağrılarda bulunmaktadır. Nitekim bu eğilime diğer ülkeler de kayıtsız kalamamış; örneğin, Almanya’da doktrinde suç olmaktan çıkarılmasını savunan yazarlar olmuştur.⁷¹⁰ Doktrinde suç olmaktan çıkarma eğilimindeki yazarlar, hakaretin suç olarak düzenlenmesinin meşru bir amaca hizmet etmediği ve ceza hukukunun son çare olma(ultima ratio) prensibini savunmaktadır. Kanaatimizce, bu görüşleri kuvvetlendirmek için üçüncü, dördüncü ve hatta beşinci görüş tartışmaya açılabilir. Nitekim hakaretin suç olarak öngörülmesi; hakaret suçuna verilen cezanın ceza amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığı, onur şeref ve saygınlığın suçla korunmaya layık bir hukuki değer olup olmadığı ve suç sosyolojisi açısından bir fiili hakaret olarak öngörmenin şartlarını sağlayıp sağlamadığı bu kapsamda değerlendirilebilir.

Bu bağlamda hakaretin suç olmaktan çıkarma eğilimlerinin ülkemiz açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bundan da önce ülkemizde hakaret suçlarına ilişkin istatistiklere bakmak yerinde olacaktır. 2013 yılı Adli Sicil İstatistikleri’ne göre “*Şerefe Karşı Suçlar*” bölümünde yer alan suçlar için açılan dava sayısı 348.104 iken,⁷¹¹ 2014 yılı Adli Sicil İstatistiklerine göre, bu bölümdeki suçlar için açılan davası sayısı 331.905’tir.⁷¹² Açılan kamu davasının yüksekliği bir yana gerek 2013 yılında açılan toplam dava sayısı (2.826.268) gerekse 2014 yılında toplam açılan dava sayısı (2.736.431) göz önüne alındığında, bu rakamın oransal olarak da oldukça yüksek olduğu ortadadır. Şayet hakaret suç olmaktan çıkarılırsa, savcılık ve mahkemelerin iş oranları önemli ölçüde azalacaktır. Ancak hakaretin suç olmaktan çıkarılması ya da çıkarılmaması, hukuktan ziyade ya da hukuktan önce, tarih, felsefe, sosyoloji ve antropoloji gibi disiplinler tarafından incelenmesi gereken bir sorundur. Nitekim, İsviçre’de bir dönem suçluluk hareketlerini inceleyen Schutz’un da belirttiği üzere, suç niceliğindeki artış ve azalış kanunlarda ve mahkemelerdeki temayül değişikliklerine bağlı değildir, bu değişim kültürel değişimin bir

⁷¹⁰ Kubiciel, Michael; Winter, Thomas: Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes, in: ZStW 113 (2001), s. 330.

⁷¹¹ Adalet Bakanlığı Adli İstatistikler, TCK Uyarınca Açılan Davalardaki Suç Dağılımları, TÜRKİYE (2013) http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/48.pdf

⁷¹² Adalet Bakanlığı Adli İstatistikler, TCK Uyarınca Açılan Davalardaki Suç Dağılımları, TÜRKİYE (2014) http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/49.pdf

sonucudur.⁷¹³ Hakikaten, ifade özgürlüğü incelenirken, özgürlük felsefesinin de incelenmesi gerektiği, zira özgürlük rejiminin özgürlük felsefelerinden ve kültürlerinden ayrı düşünölemeyeceğini unutmamak gerekir.⁷¹⁴ Nitekim Amerikan kültüründe “*Sopalar ve taşlar kırabilir kemiklerimi, ancak sözler asla incitemez beni*” atasözüyle yetiştirilen bir nesilde demokratik toplum için gerekli özgürlükler rejimine rastlamanın tesadüf olmadığını belirtmek gerekir. Eğer, bu konu disiplinler arası bir çalışma gerektirmeseydi ve hakaretin suç olarak öngörölmesi ile cezalandırılabilirliği sorunu, sadece genel hukuk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmiş olsaydı, ölkemiz açısından hakaretin suç olmaktan çıkarılması eğilimini güçlü bir şekilde savunabilirdik. Ancak kanaatimizce, hukuk alanında yapılan bir çalışma sosyal bilimler alanındaki diğer disiplinleri göz ardı edilemez. Şayet toplumun yapısı, tarihi ve kültürü göz ardı edilerek yapılan çalışmayla toplum mühendisliği yapılmış olur.

O halde, suç olmaktan çıkarılma noktasında bu çekimserliğimizi belirtildikten sonra, girişte vurgulan ve çalışma içerisinde tartışılan asıl konumuz olan eleştiri hakkında ortaya çıkan temel sorunlara ve bu sorunların çözümlerine ilişkin önerilere değinmek gerekmektedir.

Eleştiri hakkında ortaya çıkan temel probleme geçmeden önce, kişilerin neden kaba, sert, sarsıcı ve hatta bazen terbiye sınırlarını aşan ifadeleri kullanmayı tercih ettiğinin üzerinde açıklamalarda bulunulmalıdır. Zira, bu durumun nedenleri ve tarihçesi üzerinde durulmadığı takdirde ne toplumların zihniyet tarihi yazılabilir ne de eleştirinin önemi kavranabilir.⁷¹⁵ Kişilerin suç oluşturan ile özgürlük korumasından yararlanan bu ince çizgideki veya bu çizgiyi aşarak suç oluşturan ifadeleri neden kullanmayı seçtikleri nörobiyoloji, psikoloji ve sosyoloji gibi alanlarla disiplinler arası çalışmayı yapmayı zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, Greenwalt, kültürel olarak daha az nüfuz ve konum sahibi kişilerle siyasal olarak daha radikal eğilimli kişilerin sarsıcı sözleri daha çok kullandığını belirtmektedir.⁷¹⁶ Gerçekten, elinde siyasî, ekonomik vb. bir güç bulunmayan kişiler, duygusal olarak aşırı yüklü sözler kullanmayı ve abartmayı ya da olayları dramatize ederek istedikleri

⁷¹³ Yücel, s.18.

⁷¹⁴ Aydın, s.47.

⁷¹⁵ Mohr, s.14.

⁷¹⁶ Kent Greenawalt, **Speech, Crime, and the Uses of Language**, Oxford 1989, Aydın, s.183.

değişim yolunda dikkat çekmeyi arzulamaktadır.⁷¹⁷ Dolayısıyla sert, sarsıcı ve alt üst edici ifadeler kullananlar ve hatta küfür edenler ya çoğunlukla kültürel, ekonomik, toplumsal eksiklikleri nedeniyle uygun tartışma platformu bulamayan ya da bu niteliklere sahip oldukları halde kendilerini bu platformlarda ifade edemeyen veya dikkat çekme hevesinde olan kişilerdir.⁷¹⁸ O halde, ilk bahsettiğimiz grupta yer alan kişiler, demokratik ve çoğulcu toplumda, kendini bir şekilde ifade edemediğinden - toplumu biçimlendiren ya da toplumda söz sahibi olan kişilerden biri olamadığından- bu yolla düşündüklerini aktarmaktadır.⁷¹⁹ Bu ifadeleri kullanma ihtiyacı duyan ikinci grup ise, sayfalar dolusu sözler yazmak ya da bitmek bilmeyen konuşmalar yapmak yerine, alt üst edici bir ifade kullanımı kamuoyunun daha çok dikkatini çektiğini bildiğinden bu tarz yola başvurmaya, dolayısıyla toplumun ilgisini çekmeye ya da toplumdaki kişileri yönlendirerek istediği sonuca ulaşmayı arzulamaktadır.

Eleştiri hakkında ortaya çıkan temel problem, eleştiri ile suç oluşturan beyan arasındaki sınırın iyi çizilememesidir. Bu ince sınırın çizilememesinde hem doktrinde öngörülen koşulların isabetsizliği hem de yargı kararlarındaki özensizlik rol oynamaktadır. Ancak bu sorunun çözülememesindeki temel sebep, hakların/değerlerin çatışmasında hangi hakka/değere üstünlük verileceğinin tespit edilememesinden kaynaklanmaktadır. Zira, bir tarafta onur sorunu yer alırken diğer tarafta özgürlük sorunu bulunmaktadır. Bu sorunun çözümü konusunda Amerika Birleşik Devletleri sistemiyle Avrupa sistemi arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri özgürlük temelli bir yaklaşım izlerken, Almanya onur temelli bir yaklaşımı esas almakta ve dolayısıyla bu ülkelerde çatışmanın çözümüne ilişkin farklı yollar öngörülmektedir. Gerçekten ABD’de haklar arasındaki çatışma *tanımsal dengeleme (definitional balancing)* doktrini çerçevesinde soyut olarak yapılmakta ve ifade özgürlüğüne üstünlük verilerek çözümlenmekte Almanya’da ise Avrupa’da geçerli olan *somut dengeleme (konkrete Abwägung)* anlayışı uygulanmaktadır.⁷²⁰ Her ne kadar ülkemizde de somut dengeleme anlayışının hâkim olduğu söylene de, doktrin ve uygulama tartıma ilişkin

⁷¹⁷ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.184. Duygu durumuna göre değişen derinin elektrik iletimini diğer kelimelerden, hatta duygusal açıdan ölüm veya kanseri çağrıştıran kelimelerden bile daha fazla uyardığı hakkında Bkz. Mohr, 22. Mohr bunu özellikle küfür için kullanmaktadır. Ancak kanaatimizce sarsıcı, kaba, alt üst edici kelimeler ya da cümleler için de söylemek yanlış olmaz.

⁷¹⁸ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.184.

⁷¹⁹ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.184.

⁷²⁰ Aydın, s.465.

ilkeleri belirlemek açısından oldukça zayıf kalmaktadır. Ancak bu durum somut dengeleme yönteminin başarısızlığından kaynaklanmamaktadır. Zira hangi dengeleme metodu seçilirse seçilsin iyi bir özgürlük sistemi kurulabilir. Gerçekten ABD'nin ve Avrupa'nın tamamen farklı sistemler kurarak iyi işleyen özgürlük rejimi oluşturması bunun kanıtıdır.

Dolayısıyla tüm bunları değerlendirdiğimizde iki temel sonuca ulaşmaktayız: Birincisi, yatay ya da dikey olarak gerçekleşmekte olan temel hakların/değerlerin çatışmasının önlenemez oluşudur.⁷²¹ İkinci sonuç ise, çatışmayı çözmek için genel geçer bir sonuca ulaşılamayacağıdır.⁷²² Zira, değerler çatışmasında bir değer, diğerinin kurbanı olmaktadır.⁷²³ O halde, çatışmanın nasıl çözüleceğine ilişkin kendi içinde tutarlı olmak kaydıyla farklı sistemler öngörülebilir.

Kanaatimizce, eleştiri ve suç oluşturan beyan arasındaki sınırı çizebilmek ve çatışan haklar/ değerler arasında adil bir denge kurmak için iki aşamalı bir sistem öngörülmelidir. Bu sistemde, öncelikle eleştiri hakkı haber verme hakkından ayrılmalı ve eleştiri hakkı için yeni ölçütler öngörülmelidir. Nitekim eleştiri hakkının söz konusu olabilmesi için ortada bir olay olması gerekmediği gibi bu olayın gerçek ve güncel olması koşullarının öngörülmesi de isabetli değildir. O halde, eleştiri hakkı için yeni unsurların belirlenmesi zorunludur. Kanaatimizce eleştirinin kime yapıldığına ve neye yöneldiği konusunda öngörülecek bir unsur bu konuda yol gösterici olabilecektir. Ancak bundan da önce, ilk olarak kullanılan ifadenin olaya mı ilişkin olduğu yoksa değer yargısı mı içerdiğinin tespiti yapılmalıdır. Şayet değer yargısı söz konusu olsa bile kanaatimizce ispat hakkı⁷²⁴ olmadığı gerekçesiyle kişinin hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacağı ileri sürülemez. Bu tespitten sonra, olayın kamuoyunu ilgilendiren bir konuya ilişkin olup olmadığı saptanmalıdır. Şayet kamuoyunu ilgilendiren bir konuya -ABD sistemine benzer şekilde- kişinin kamuoyu gündemine kendi isteğiyle gelip gelmediği değerlendirilmelidir. Eğer kişi kendi isteğiyle gündeme geldiyse, eleştiriye yönelten şahıs her şekilde ifade özgürlüğünden yararlanmalıdır. Şayet olay kamuoyunu ilgilendirmeyen bir

⁷²¹ Zucca, s.168.

⁷²² Zucca, s.168.

⁷²³ Scanlon, T.M.; Adjusting Rights and Balancing Values, 72 Fordham L. Rev. 1477 (2004), s.1478.

⁷²⁴ İspat hakkıyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. İbrahim Dülger, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu(İspat Hakkı)", **Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Ankara, 2009.

meseleyse ya da kişi kendi isteğiyle kamuoyunun gündemine gelmediyse, ifadenin kime yöneltildiği hususunda tespit yapılarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda siyasetçi ya da kamu görevlilerinin özel alanları dar kabul edilerek kamuoyunu ilgilendirmeyen bir sorunda dahi eleştirilmesi kabul edilmelidir. Nitekim, kamu görevlilerin veya siyasetçilerin özel yaşam alanlarındaki etkinlik ve görünüşleri, kamu görevinin gerektirdiği güvenilirlik ve tarafsızlık bakımından önemli izler ve işaretler taşıyabileceğinden kamuoyunu ilgilendiren sorun olmasa dahi bu kişilerin eleştirilmesi geniş kapsamda düşünülmelidir.⁷²⁵ Ayrıca kamu görevlisi kavramı kanaatimizce geniş anlaşılmalı ve siyasetçi ile arasında bir fark yaratılmamalıdır.

Eğer yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız bu ölçütlere göre bir sonuca ulaşılamıyorsa ya da tereddütler oluşuyorsa, bu çatışmanın niteliğine göre değişen bir tavır alınmalı ve adi karine oluşturularak çatışma çözülmelidir.⁷²⁶ Dolayısıyla özgürlüğün karşısındaki değer ifade özgürlüğüyle yarışabilecek nitelikte değilse, varsayımın ötesinde ifade özgürlüğünün bir değeri olduğu kabul edilmeli ve ifade özgürlüğü lehine bir karine oluşturmalıdır.⁷²⁷

⁷²⁵ Aydın, Üç Demokraside Düşünce, s.164.

⁷²⁶ Zucca, s.168.

⁷²⁷ Zucca, s.168.

KAYNAKÇA

Acar, Bülent Hayri. "Düşünceden Değil, Düşüncenin Açıklanmasından Doğan Cezasal ve Hukuksal Sorumluluk", **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı: 22, 1998, ss.835-860.

Akıllıoğlu, Tekin. "Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri", **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu**, TODAİ Yayınları, Ankara, 1992.

Aldanmaz, Orhan. "İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı:1-2, 2010, ss.79-99.

Alexander, Larry. **İfade Özgürlüğü Hakkı Var mı?**, (Çev. Hüsamettin Çetinkaya, Ali Çakıroğlu), Ara-lık Yayınları, Ankara, 2006.

Aliefendioğlu, Yılmaz. "Bir Temel İnsan Hakkı: Düşünce Özgürlüğü", **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:22, 1998, ss.804-814.

Aliefendioğlu, Yılmaz. "Düşünce Özgürlüğü ya da Düşünsel Özgürlük", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.234-258.

Alpaslan, Şükrü M. AİHS Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü, **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999.

Alpkaya, Gökçen. Kerem Altıparmak , Arnaud Amouroux, Zühtü Arslan, Christoffer Badse, Fikret Başkaya, Ayhan Bilgen , Osman Can, Mustafa Erdoğan, Fikret İlkiz, Levent Korkut, Laurent Pech, Sophie Redmond, Türkan Sancar, Şanar Yurdatapan, **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.

Altun, Gülerdem Öçkoymaz. **Hakaret Suçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans

Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Aral, Vecdi. **İnsan Özgür mü?**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004.

Arıkan, Baha. “Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyet”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 1954, ss.2-7.

Arısoy, Mine. Hakaret, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 72, 2007, ss.152-205.

Aron, Raymond. **Özgürlükler Üzerine Deneme**, Lotus Yayınları, Ankara, 2005.

Arslan, Zühtü. “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek”, **Liberal Düşünce Topluluğu Dergisi**, Sayı: 24, 2001, ss.14-22.

Arslan, Zühtü. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13.Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, Sayı:1, 2002.

Artuk, Mehmet Emin. “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:70, 2007, ss.214-243.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Cilt:3, Ankara, 2009.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Atabek, Erdal. “Düşünce Özgürlüğünde Eğitimin Yeri”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.167-170.

Avcı, Kemal. **Türkiye’de Düşünceyi İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunları Üzerine Bir İnceleme: (1980-1995 Dönemi Düşünceyi İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunları -Suçlar, Cezalar ve Suçlular-)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1998.

Aydın, Öykü Didem. “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:53, 2004, ss.63-140.

Aydın, Öykü Didem. **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku 1: Amerika Birleşik Devletleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, (Üç Demokraside Düşünce).

Aydın, Devrim. “Türk Ceza Kanununda Hakaret Suçu”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, Cilt:19, Sayı:2, 2013, ss.879-918.

Başkan, Muhammet Turgay. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Hakaret Suçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2009.

Bayraktar, Köksal. “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 50, No:1-4, 1984, ss.197-212.

Bayındır, Sinan ve Apış, Özge. “Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 91, 2010, ss.67-108.

Baytemir, Erdal. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:88, 2010, ss.346-347.

Beccaria, Cesare. **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), 3. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2013.

Becerik, Arzu. **İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Yargının Tarafsızlığı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

Beydoğan, Turgut Ayhan. “Demokrasilerde İfade Hürriyeti”, **Yeni Türkiye**, Sayı:4, 1999, ss.821-829.

Beydoğan, Turgut Ayhan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Konya 2003.

Bıçak, Vahit. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.

Bilen, Ali. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 106, 2003, ss.99-129.

Bulut, Nihat. “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:12, Sayı:3-4, 2008, ss.1-12.

Can, Cahit. **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012.

Can, Osman. “Kutsallar ve Düşünce Özgürlüğü- TCK 301. Madde”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:5, 2007, ss.319-336.

Can, Osman. "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?", **Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları**, Sayı:24, 2001.

Can, Osman. “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Anayasa Mahkemesi Yayınları 49**, Antalya, 2002.

Caniklioğlu, Meltem Dikmen. **Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız**, Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsell'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001.

Caniklioğlu, Seher Kırbaç. "İfade Özgürlüğü Nedir? Eleştiri Hakkı ile İlişkisi Nasıl Kurulur?", (23.05.2013) http://www.bianet.org/biamag/biamag/148053-ifade-ozgurlugu-nedir-elestiri-hakki-ile-iliskisi-nasil-kurulur_, (18.04.2015).

Carmi, Guy E. "Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech", 26:2, **Boston University International Law Journal** 277, Boston, 2008, ss.277-374.

Cebe, Abdurrahman. **Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Centel, Nur . "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Prof. Dr. Tuhun Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, ss.337-372.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Chapman, Audrey. "Human Dignity", **Bioethics, and Human Rights, Amsterdam Law Forum**, Cilt:3, No:1, 2011.

Çakmut, Özlem. "Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999, ss.135-163.

Çalışır, Ayfer Akdemir ve Kurtuluş Tayanç Çalışır, **Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Çankara, Özden ve Melike Batur Yamaner. **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Çavuşoğlu, Naz. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1994.

Çelikboya, Menent. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğü Işığında Basın Özgürlüğü ve Türk Hukuku**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Çetin, Yetkin. "Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, ss.312-324.

Çetin, Erol. **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Çoban, Zübeyir. **İfade Özgürlüğü ve Suç Örgütünün veya Amacının Propagandasını Yapma Suçu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Değer, M.Emin. **Düşünce Özgürlüğü Çıkmazı**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 1995.

Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Dinler, Veysel. **Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2013.

Doğan, Fatma Karakaş. **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Doğan, İlyas. “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, ss.51-59.

Donnelly, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

Dönmezer, Sulhi. **Basın Hukuku Cilt: 1**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1958.

Durkheim, Emile. **Toplumsal İşbölümü**, (Çev.Özer Özenkaya), Cem Yayınevi, İstanbul, 2006.

Dutertre, Gilles. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, 2003.

Dülger, İbrahim. “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu (İspat Hakkı)”, **Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Elieyioğlu, Aydın. **Hakaret Suçu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2009.

Erdem, Fazıl Hüsnü. **Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 1998, ss.5-37.

Erdoğan, Mustafa. **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Orion Kitapevi, Ankara, 2011.

Erdoğan, Mustafa. “Özgürlük Üstüne Notlar”, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php>, (20.05.2015).

Erem Faruk. Toroslu Nevzat. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınları, Ankara, 1999.

Erem, Faruk. **Hürriyet ve Suç**, İstiklal Yayınları, Ankara, 1952.

Erman, Sahir. **Hakaret ve Sövme Suçları**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1989.

Eryılmaz, Bedri. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2001.

Fendoğlu Hasan Tahsin. "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay m.13)", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002.

Galtung, Johan. **Bir Başka Açıdan İnsan Hakları**, Metis Yayınları, İstanbul, 1999.

Gemalmaz, Mehmet Semih ve Haydar Burak Gemalmaz. **Ulusüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004.

Girit, Hasan. Düşünce ve Anlatım Özgürlüğünün Ulusalüstü Ölçütleri, **Yeni Türkiye**, Sayı:4, 1998, ss.860-871.

Gomien, Donna. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2008.

Gökçen, Ahmet. "Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Sistemleri", **Ceza Hukuku Makaleleri**, Güven Yayınları, İstanbul, 2012.

Gökçen, Ahmet. Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Sistemleri, **Ceza Hukuku Makaleleri**, Güven Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 45-69.

Gökçen, Ahmet. Düşünce Özgürlüğü, Kapsamı, Sınırlandırılması ve 5237 Sayılı TCK'nın Getirdiği Düzenlemeler, **Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Gölcüklü, Feyyaz. “Hakaret- Sövme Suçları ve Politik Eleştiri”, **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 1991.

Gölcüklü, Feyyaz. Şeref Gözübüyük. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.

Gören, Zafer. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6, Sayı:12, 2007/2, ss.21-37.

Gören, Zafer. “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6 Sayı:12,Güz 2007/2, ss.39-59.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

Gözler, Kemal. "3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:19, 2002, ss.326-356.

Greenawalt, Kent. **Speech, Crime, and the Uses of Language**, Oxford Press, 1989.

Gülfidan, Osman Serkan. **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanma Yasağı**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Günay, Erhan. **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2000.

Güran, Sait, "Özel Yaşam ve İfade Özgürlüğü", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999, ss.401-405.

Gürbüz, Nagehan. **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, Oniki Levha Yayıncılık, Ankara, 2014.

Gürdoğan, Özkan. **Hakaret Suçu**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

Güriz, Adnan. “İfade Hürriyetinin Sınırları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.82-87.

Hacaloğlu, Algan. “Düşünce ve İfade Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye**, Sayı:4, 1999, ss.776-780.

Hacıkadiroğlu, Vehbi. “Bilginin Sağladığı Özgürlük, Düşünce Özgürlüğü”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.27-34.

Hacıkadiroğlu, Vehbi. **Özgürlük Hukuku**, Cem Yayınevi, İstanbul, 2002.

Hafizoğulları, Zeki ve Günel Kurşun. “Türk Ceza Hukukunda Şeref Karşı Suçlar”, **Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi**, Yıl: 12, Sayı: 48-49, 2006.

Hafizoğulları, Zeki. “Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:55, 2004, ss.85-101.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.

Hakeri, Hakan. “Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kollektif Hakaret”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999.

Hakyemez, Yusuf Şevki. Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S:57-2, 2002.

Hatemi, Hüseyin. “Düşünce Özgürlüğünün İlahi-Tabii Hukukta Temellendirilmesi ve Kavramsal Sınırları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.107-115.

Heper, Altan. “Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru, “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V” ”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:24**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.

Heyman Steven. **Free Speech and Human Dignity**, Yale University Press, London, 2008.

İnam, Ahmet. “Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.37-47.

Kaboğlu, İbrahim. “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Sayı:15, 1993, ss.45-52.

Kaboğlu, İbrahim. “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 75, 1999.

Kaboğlu, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.

Kaboğlu, “İbrahim. Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.205-234.

Kafadar, Muhammed Fatih. “Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: İnsan Onuru”
www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-IV-2.pdf, (20.01.2015).

Kanadoğlu, Korkut. **Türk ve Alman Anayasası'nda Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000.

Kaneti, Selim. “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”,
Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler II.
Sempozyumu, **Danıştay Dergisi**, Sayı:34-35, ss.147-150.

Karaaslan, Erol. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce
Özgürlüğü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:78, Sayı:4, 2004.

Karagöz, Müyesser. **5237 sayılı Türk Ceza Yasasında Hakaret Suçu**,
(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Karagülmez, Ali. **Suç Olmaktan Çıkarma, İdari Para Cezaları, Açıklamalı
Kabahatler Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Karatepe, Şükrü. **Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.

Kayançiçek, Murat. **Şerefe Karşı Suçlar**, Adalet Yayınları, Ankara, 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet M. Şeref, **Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından
Hukuksal Sorumluluk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Kınalı, Mesut. “Düşünce Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı: 22, 1998, ss.814-
822.

Koca, Mahmut. İlhan Üzülmaz. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin
Yayıncılık, Ankara, 2011.

Korkarer, Mustafa Can. **Hakaret Suçu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Korkmaz, Ömer. **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Kuçuradi, İoanna. **İnsan Hakları Kavramı ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2000.

Kuçuradi, İoanna. “Düşünce Özgürlüğü Nedir Acaba?”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi:3**, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, ss.17-27.

Kuçuradi, İoanna. **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1982.

Kuru, Gonca. **Türkiye’de Demokratik Hukuk Devleti Düzeninde İnsan Onurunun Yeri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Kuzu, Burhan. “Anayasamızda Düşünce ve Düşünceleri Açıklama Hürriyeti”, **Yeni Türkiye**, Sayı: 22, Ankara, 1998.

Lewis, Milton. **A Brief History of Human Dignity: Idea and Application**, Perspectives on Human Dignity: A Conversation, Ed: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer Press, Dordrecht, 2007.

Lorenzo, Zucca. **Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights In Europe and The USA**, Oxford University Press, New York, 2007.

Malpas, Jeff. **Human Dignity and Human Being**, Perspectives on Human Dignity: A Conversation, Ed: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer Press, Dordrecht, 2007.

Mazıcı, Nurşen. “1930'a Kadar Basının Durumu ve 1931 Matbuat Kanunu”, **Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü**, Sayı:18, Cilt:5, ss.131-154.

Mill, John Stuart. **Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü Üstüne**, Liberte Yayınları, İstanbul, 2003.

Mumcu, Ahmet ve Elif Küzeci. **İnsan Hakları-Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Niyazi, Güney, Kenan Özdemir ve Yusuf Solmaz Balo, **Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu**, Adil Yayıncılık, Ankara, 2005.

Norman, P. Barry. **Hukuki ve Siyasi Açından İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.

Nuttall, John. **Ahlak Üzerine Tartışmalar (Etiğe Giriş)**, (Çev.Abdullah Yılmaz), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2000.

Oktik, Nurgün. “Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kuramsal Yaklaşımlar”, **Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi**, Nobel Yayınları, Ankara, 2013.

Ökçesiz, Hayrettin. “Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları”, **Türkiye Bilimler Akademisi**, Tübitak Matbaası, Ankara, 1999.

Ökçesiz, Hayrettin. “Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi: 6**, Afa Yayınları, İstanbul, 2003.

Ökçesiz, Hayrettin. **Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları**, Türkiye Bilimler Akademisi, Tübitak Matbaası, Ankara, 1999.

Özbek, Veli Özer. “Şerefe Karşı Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, 2005, ss.254-279.

Özbek, Veli Özer. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Özbek, Veli Özer, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Özbey, Özcan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 62(1), 2013, ss. 93-146.

Özbudun, Ergun, Adnan Güriz ve Nevzat Toroslu. "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkındaki Rapor", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, 1995, ss. 3-7.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Özek, Çetin. **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978.

Özel, Sibel. **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Özen, Muharrem. “Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı”, **Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Özen, Muharrem. “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:51, Sayı:3, Ankara, 2002, ss.27-49.

Özen, Mustafa. “Hakaret Suçu ve İnternet Yolu İle İşlenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 75, Ankara, 2008, ss.94-108.

Özer, Atilla. **Anayasa Hukuku Genel İlkeler**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Özhan, Hacı Ali ve Bekir Berat Özipek. **Yargıtay Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Özipek, Bekir Berat. **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.

Özipek, Berat, Levent Korkut, Murat Yılmaz, Vahap Coşkun, Şevki Hakyemez, Yusuf Tekin. **İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa**, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara, 2011.

Özocak, Gürkan. “Türkiye’de Siyasi İktidarın Mizahla İmtihani: İfade Özgürlüğü ve Karikatür”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 94, 2011, ss.259-292.

Özsoy, Şule. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:56, 2005, ss.29-47.

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. **Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Payaslıoğlu, Arif. “Anayasalarımızda Düşünce Özgürlüğü”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 202, 1997.

Rahimov, İlham. **Suç ve Ceza Felsefesi**, EkoAvrasya, Ankara, 2014.

Sakarya, Utku Coşkun. “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2, 2013, ss. 409-424.

Sancar, Türkan. **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Schauer, Frederick. **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.

Sınar, Hasan. “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:10, Sayı:27, ss. 29-69.

Sınar, Hasan. “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Akımı Yönünden Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, 2014, ss. 34-94.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Sunay, Reyhan. **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Özgürlüğünün Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2001.

Şahbaz, İbrahim. **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Şahin, Kemal. **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.

Tahmazoğlu, Sultan Üzeltürk. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 10.Maddesi; İfade Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye Dergisi**, No: 22, 1998, ss.1316-1325.

Taneri, Gökhan. **Hakaret Tezhip Tazminat**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.

Tanju, Erhan. **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

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

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

Tanör, Bülent. **TCK 142.madde: Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, Forum Yayınları, İstanbul, 1979.

Tarhan, Emine Ülker. **Yeni Türk Ceza Yasası’nda Tehdit ve Hakaret Suçları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Taşkın, Ozan Ercan. “Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hiciv Hakkı ve Sınırları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:19, 2002, ss.109-132.

Tatar, Bülent. **Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçları**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Tezcan, Durmuş. “Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat”, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/dusunceozgurlugu.pdf, (25.05.2015).

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Topçuoğlu, Hamide. **Hukuk Sosyolojisi Ders Notları**, Cilt: 2, Ankara, 1965-1966.

Toroslul, Nevzat. **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.

Tozman, Önder ve Mehmet Nihat Kanbur. “Türk Ceza Kanunu Madde 301 ve İfade Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:22, 2013, ss.27-61.

Trager, Robert. Dickerson Donna L., **21.Yüzyıl'da İfade Hürriyeti**, Ankara, 2003.

Turhan, Mehmet. “Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 4, 1988, ss. 53-81.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, (20.01.2015).

Uygun, Oktay. **Temel Hak ve Özgürlüklerin Düzenlenmesi Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

Ünal, Recep. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Şerefe Karşı Suçlar**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2008.

Ünver, Yener. “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-22.Kitap**, Ankara, 2010.

Ünver, Yener. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Üzülmez, İlhan. “Hakaret Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:12, 2010, ss.41-73.

Üzülmez, İlhan. “Suçsuzluk Karinesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:58, 2005, ss.41-77.

Waldron, Jeremy. **Is Dignity the Foundation of Human Rights?**, New York University School of Law, Public Law Research, New York, 2003.

Whitman, James Q. **The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty**, Faculty Scholarship Series, Sayı: 649, 2004.

Yarsuvat, Duygun. “Değişik Hukuk Sistemlerinde Düşünce ve Düşünceyi Açıklama Hürriyeti”, **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, **Ceza Hukuku Derneği Yayınları No:1**, İstanbul, 2003.

Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt:3**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004.

Yenidünya, Caner ve Mehmet Emin Alşahin. “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007, ss.43-93.

Yılar, Halil. **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2010.

Yokuş, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Yücel, Mustafa Tören. “Suç Problemine Felsefi Bir Bakış ve Ceza Adaletinin Tesirliliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 1969, ss.16-19.

Zafer, Hamide. “Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 1-2, 2004.

Zarplı, Çağdaş. **İfade Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2008.

Zwak, Leon, Kasım Karagöz, Kemal Şahin ve Murat Tümay. **İfade Özgürlüğü Ders Kitabı**, Matra, Ankara, 2013.