

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇU

ASLI EKİN YILMAZ

2501151109

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL - 2019

TEZ ONAY SAYFASI



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ASLI EKİN YILMAZ

Numarası : 2501151109

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU

Danışmanı : PROF. DR. ADEM SÖZÜER

Tez Savunma Tarihi : 27.06.2019

Saati : 11.00

Tez Başlığı : SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUSUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. ADEM SÖZÜER		
2- PROF. DR. ALİ KEMAL YILDIZ		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN		Kabul
4- DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN		Kabul
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ MUHAMMED DEMİREL		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ ZAFER İÇER		

ÖZ
SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇU

ASLI EKİN YILMAZ

Bu çalışmada suç ve suçluyu övme suçu incelenmiştir. İşlenen bir suça veya işlediği bir suç sebebiyle bir kişiye yönelik övme fiilinin gerçekleştirilmesi bir düşünce açıklaması teşkil etmekte olup bu fiilin suç olarak düzenlenmesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Suçu ve suçluyu övme suçu bir somut tehlike suçu teşkil etmekte olup, özellikle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilen ilkeler bakımından tehlike suçlarının doğurduğu tartışmalar, ifadelerin gelişen teknolojiyle yeni şekillere dönüşmesi sebebiyle giderek artmaktadır. Bu çalışmada, güncel içtihatlar bağlamında övme kavramının mahiyeti açıklanarak, ifade özgürlüğünün korunması bakımından suç tipine yönelik bir kapsamlı bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar kelimeler: Övme, tahrik, ifade özgürlüğü, tehlike suçları.

ABSTRACT
PRAISING THE CRIME AND THE CRIMINAL

ASLI EKİN YILMAZ

This study examines the crime of praising the crime and the criminal. The act of praising a crime or a person by the crime she/he committed constitutes a statement of thought, and the regulation of this act as a crime connotes the limitation of freedom of expression. The crime of praising the crime and the criminal constitutes a concrete danger crime. The controversies caused by danger crimes regarding the principles on the restriction of freedom of expression increases due to the transformation of expressions into new forms by developing technology. In this study, the nature of the concept of praising will be explained along with the current case-law. A thorough evaluation of the crime will be made in the scope of the protection of freedom of expression.

Keywords: Praising, incitement, freedom of expression, danger crimes.

ÖNSÖZ

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 215. maddesinde düzenlenen suçu ve suçluyu övme suçu incelenmiştir. Suç tipi bir düşünce açıklamasının cezalandırılması mahiyetinde olup, ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi hususundaki tartışmaların bir boyutunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda suç tipinin bir tehlike suçu olması, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Çalışmada suçu ve suçluyu övme suçu bakımından sosyal medya platformlarında gerçekleştirilen fiiller üzerinde özellikle durulmuş, böylece bireylerin günümüzde düşüncelerini açıklamak için sıklıkla kullandığı alanlardaki sorumluluk tespit edilmiştir. Bununla birlikte ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilecek ölçütler bağlamında ABD Yüksek Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay uygulamaları kapsamlı şekilde ele alınarak, suç tipinin düzenleniş şekli ifade özgürlüğünün etkili şekilde korunması bakımından değerlendirilmiştir.

Yüksek lisans tez çalışmamın hazırlanmasında, danışmanlığımı üstlenerek çalışmamın çerçevesini belirleyen sayın Prof. Dr. Adem Sözüer'e, yazım sürecinde sundukları katkılarla tezin şekillenmesine yardımcı olan ve yol gösteren sayın Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız'a, Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun'a ve Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas'a teşekkür ederim.

Bu zorlu süreçte gerek arkadaşlıklarıyla gerek akademik olarak beni destekleyen Arş. Gör. Mikail Bora Kaplan, Arş. Gör. Bilal Osmanoglu ile diğer çalışma arkadaşlarıma ve her zaman yanımda olan aileme teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ	4
A. Osmanlı Hukuku Dönemi	5
B. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	6
1. Genel Olarak	6
2. Cürüm Fiilini Övme Suçu	7
a. Cürüm Fiilini Övme Suçunun Temel Özellikleri.....	8
(1) Övülen Fiile İlişkin Özellikler	8
(2) Övme Fiiline İlişkin Özellikler	10
(3) Cürüm Fiilini Övme Suçunun Manevi Unsuru.....	11
(4) Cürüm Fiilini Övme Suçunun Yaptırımı	11
C. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	11
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	12
A. Suç Tipinin Kanunda Düzenlenişi İtibarıyla Yapılacak Tespit.....	13
B. Suçu ve Suçluyu Övme Suçunun Mahiyeti İtibarıyla Yapılacak Tespit	18
1. Övmenin Dolaylı Bir Tahrik Teşkil Etmesi	19
2. Övmenin Övülen Fiilin Cezalandırılması ile Ulaşılmak İstenen Amaç Bakımından Olumsuz Etki Yaratması	20
C. Değerlendirme.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇUNUN UNSURLARI

I. KANUNİ DÜZENLEME	28
---------------------------	----

II. TİPİKLİK	28
A. MADDİ UNSURLAR.....	28
1. Fail	28
2. Mağdur.....	29
3. Konu.....	29
a. Genel Olarak.....	29
b. Suçun Konusunun Suçtan Etkilenişine Göre Tehlike ve Zarar Suçları	30
(1) Tehlike Suçlarının Genel Özellikleri.....	31
(a) Soyut ve Somut Tehlike Suçları	31
(b) Tehlikenin Belirlenmesi	33
4. Fiil.....	34
a. Övme Kavramı.....	34
b. Övme Fiilinin Görünüm Şekilleri	36
c. Övme Fiiline İlişkin Özellikler	43
(1) Fiilin Şekli, Sayısı ve Devamlılığına İlişkin Özellikler.....	43
(2) Aleniyet	44
d. Övülen Fiile İlişkin Özellikler	47
(1) Övülen Fiilin İşlenmiş Olması.....	47
(2) Övülen Fiilin Suç Teşkil Etmesi.....	48
(3) Övülen Fiilin Kasten İşlenmiş Olması.....	49
(4) Övülen Fiilin Cezalandırılabilirliği	49
e. Övülen Faile İlişkin Özellikler	50
f. Övülen Fiil ve Faile İlişkin Verilmiş Bir Kesin Hüküm Bulunması	50
5. Cezayı Artıran Nitelikli Hal.....	54
B. MANEVİ UNSUR	54
III. HUKUKA AYKIRILIK	55
A. İfade Özgürlüğüne İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler.....	56
B. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	57
1. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku'nda ve Yüksek Mahkeme İçtihatları	
Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması	57
a. Genel Olarak.....	57
b. Fikirlerin Serbest Piyasası, Demokrasi ve Otonomi Yaklaşımları	58

c. İfade Türlerine Göre Benimsenen Ölçütler ve Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü.....	60
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve AİHM İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	68
a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü ve Sınırları.....	68
b. AİHM'in İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin Benimsediği Ölçütler.....	68
(1) Sınırlandırmanın Kanuna Dayanması.....	69
(2) Sınırlandırmanın Meşru Bir Amaç İçin Yapılması.....	69
(3) Sınırlandırmanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması	70
(4) Sınırlandırmanın Denetlenmesinde Gözetilen Diğer Ölçütler	73
c. Değerlendirme	76
3. Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	77
a. Anayasa Mahkemesi İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	78
(1) Bir Müdahalenin Varlığı.....	79
(2) Müdahalenin Kanuna Dayanması.....	79
(3) Müdahalenin Meşru Bir Amaç İçin Yapılması.....	80
(4) Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekli Olması	81
(5) Müdahalenin Ölçülü Olması.....	83
b. Yargıtay İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması	85
4. Suçu ve Suçluyu Övme Suçu Bakımından İfade Özgürlüğü ve Bunun Sınırları	87

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURLULUK, OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, YAPTIRIM VE MUHAKEMEYE İLİŞKİN

HUSUSLAR

I. KUSURLULUK.....	89
II. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI	90
A. “Kamu Düzeni Açısından Açık ve Yakın Tehlike Ortaya Çıkması” Kavramının Hukuki Niteliği.....	90

B. Açık ve Yakın Tehlike Kavramı	93
C. Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Hukuk Niteliği	96
D. Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Suçun Unsurları ile İlişkisi	98
III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	101
A. TEŞEBBÜS.....	101
B. İŞTİRAK.....	103
C. İÇTİMA	104
1. İki Seçimlik Hareketin Birden İşlenmesi Bakımından İçtima	104
2. Suçun Birden Fazla Kez İşlenmesi Bakımından İçtima.....	105
3. Suçun Objektif Cezalandırılabilme Şartı İhtiva Etmesi Bakımından İçtima	105
4. Suçun Dolaylı Bir Tahrik Teşkil Etmesi ve Tahrik Edilen Suçun İşlenmesi Bakımından İçtima	106
5. 5237 s. Türk Ceza Kanunu ve Diğer Kanunlarda Yer Alan Suçlar Bakımından İçtima.....	108
a. Örgüt Propagandası Suçu (TCK Md.220/8) Bakımından İçtima	108
b. Terör Amacıyla İşlenen Suçlar (TMK Md.4) Bakımından İçtima	111
c. Terör Örgütü Propagandası Suçu (TMK Md.7/2) Bakımından İçtima.....	112
IV. YAPTIRIM	114
V. MUHAKEMEYE İLİŞKİN HUSUSLAR	115
A. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTININ GERÇEKLEŞMEMESİ HALİNDE VERİLECEK HÜKÜM	115
B. SUÇUN OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI İHTİVA ETMESİNE İLİŞKİN DİĞER HUSUSLAR	119
C. MUHAKEME KOŞULLARI VE KORUMA TEDBİRLERİ	122
SONUÇ	123
KAYNAKÇA.....	127

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	:	Anayasa
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
C	:	Cilt
CD.	:	Ceza Dairesi
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CGTİK	:	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:	Çeviren
DÜHFD	:	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	:	Erişim Tarihi
GSÜHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HHFD	:	Hacettepe Hukuk Fakóltesi Dergisi
İÜHFMD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası
md.	:	Madde
MÜFH-HAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	:	Numara
Para.	:	Paragraf
R.G.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S	:	Sayı
StGB	:	Strafgesetzbuch
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Terörle Mücadele Kanunu
vd.	:	Ve Devamı
v.d.	:	Ve Diğerleri

GİRİŞ

İfade özgürlüğü, beraberinde getirdiği tartışmalar sebebiyle her daim güncelliğini koruyan bir alan olmuştur. Bu tartışmaların yoğunlaştığı alan ise ifade özgürlüğünün sınırlandırma rejimine ilişkindir. Ceza hukuku ise, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında başvuru en ağır aracı teşkil etmesi nedeniyle bu hususa ilişkin tartışmaların odak noktasını oluşturmaktadır.

Türk Ceza Kanunu ve diğer özel kanunlarda yer alan belirli suç tipleri, düzenlenişleri itibarıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken ölçütlerle ihtilaf içinde olabilmektedir. Özellikle tehlike suçları bakımından, tipik fiilin cezalandırılabilmesi için suçun konusu üzerinde bir zarar doğmuş olması gerekmediğinden, esasen bir zarar ihtimali cezai yaptırıma bağlanmaktadır¹. Tipik fiilin bir “ifade” biçimi olması durumunda ise, bir düşünce açıklaması, herhangi bir zarar meydana getirmeksizin cezalandırılabilecektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 215. maddesinde yer alan “*Suçu ve Suçluyu Övme Suçu*”² bir tehlike suçu teşkil etmekte olup, işlenmiş bir suçun ya da işlediği suç nedeniyle bir kişinin övülmesi, bir diğer ifadeyle suça veya suçluya ilişkin bir düşünce açıklaması suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlendiği ilk haliyle suçu ve suçluyu övme suçu bir soyut tehlike suçu olarak yer almıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye aleyhine verdiği kararlarda, özellikle soyut tehlike suçu niteliğine sahip olan suç tipleri bakımından ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli olması şartının sağlanamaması,

¹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.120 (Anılış: Genel Hükümler); İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.215 (Anılış: Genel Hükümler); Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.309 (Anılış: Genel Hükümler); Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.227 (Anılış: Genel Hükümler).

² **Madde 215-** “(1) İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

bu suç tipleri bakımından iç hukukta bir değişiklik yapılmasını zorunlu kılmıştır³. Bu doğrultuda 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Suçu ve suçluyu övme suçunu düzenleyen 215. maddeye “kamu düzeni açısından açık ve yakın tehlikenin” ortaya çıkması şartını ekleyen bu değişiklikle birlikte suç tipi bir somut tehlike suçu halini almıştır. Bu değişiklik hem ifade özgürlüğünün sınırlanması hem de suç tipinin ele alınması bakımından mevcut tartışmalara yenilerini eklemiştir. Özellikle, bireylerin düşüncelerini ifade ettikleri alanların gelişen teknolojiyle birlikte değişmesi ve çeşitlenmesi, suçu ve suçluyu övme suçunun bu hususları da kapsayan bir bakış açısıyla ele alınması gerekliliğini doğurmuştur.

Çalışmanın ilk bölümünde, suçu ve suçluyu övme suçunun tarihi gelişimi, benzer suçlarla ilişki kurularak açıklanmıştır. Ardından suç tipi incelemesi için öncelikle ortaya koyulması gereken korunan hukuki değer bahsi ele alınmış, suçu ve suçluyu övme suçunun koruduğu hukuki değer tespit edilmiştir. Suç tipinin, Türk Ceza Kanunu’nun “Kamu Barışına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi, madde metninde “kamu düzeni” kavramına yer verilmesi, kamu barışına karşı işlenen diğer suçlarda “kamu güvenliği” kavramının yer alması sebebiyle, kamu barışı, kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramları tanımlanarak suç tipinin bu kavramlarla ilişkisi ele alınmıştır. Bununla birlikte övme fiilinin yarattığı dolaylı tahrik etkisi açıklanarak suçun veya suçlunun övülmesi ile hangi değerlerin ihlal edilebileceği tespit edilmiştir.

İkinci bölümde, suçu ve suçluyu övme suçunun bir tehlike suçu olması sebebiyle ilk olarak tehlike suçlarının özellikleri ile buna bağlanan sonuçlar ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Sonrasında ise suçun tipik fiili irdelenmiştir. Bu hususta “övme” kavramı açıklanmış ve övme teşkil edebilecek çok çeşitli ifade biçimleri suçun tipik fiilini oluşturma ihtimalleri üzerinden değerlendirilmiştir. Övülen suça ve suçluya ilişkin nitelikler belirtilmiş, özellikle, “işlenmiş suç” kavramının bu hususta bir kesin hüküm gerektirip gerektirmediği tartışmasına yer verilmiştir. Hukuka aykırılık

³ 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Gerekçesi, (Çevrimiçi), <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=122187&pkanunnumarasi=6459>, E.T.07.06.2018.

bahsinde ise, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni bağlamında ifade özgürlüğü, ABD Yüksek Mahkemesi, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatları bağlamında ele alınarak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında benimsenen ilkeler ortaya koyulmuş; suçu ve suçluyu övme suçu bakımından bu ilkelerin nasıl uygulandığı, suç tipinin geçirdiği değişimin ifade özgürlüğünün korunması bakımından yarattığı etki de dikkate alınarak açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde öncelikle, suç tipinde yer alan “*kamu açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” unsurunun hukuki niteliği tespit edilmiştir. Suçu ve suçluyu övme ile oluşan bu durum bir somut tehlike olarak tanımlanmış ve somut tehlikenin netice yahut objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiğine ilişkin tartışmalara ve buna bağlanan sonuçlara değinilmiştir. Somut tehlikenin bir objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiği yönündeki görüş benimsenerek objektif cezalandırılabilme şartlarının hukuki niteliği ve suçun unsurları ile ilişkisi ele alınmıştır. Özel görünüş biçimleri bahsinde, suçun objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva etmesi sebebiyle teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, övme fiilinin yarattığı tahrik etkisiyle övülen suçların işlenmesi halinde oluşacak durum ile benzer suçlar bakımından içtima hükümlerinin uygulanmasına ilişkin hususlar üzerinde durulmuş; muhakemeye ilişkin hususlar başlığında objektif cezalandırılma şartının gerçekleşmemesi halinde verilecek hükme ilişkin tartışmalara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Çalışmanın konusu olan suç ve suçluyu övme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun II. Kitap, Üçüncü Kısım, Beşinci Bölüm'ünde, "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığı altında yer alan 215. maddede *"İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklinde düzenlenmektedir. Kamu barışına karşı suçlar, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (md.213), suç işlemeye tahrik (md.214), suç ve suçluyu övme (md.215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama (md.216), kanunlara uymamaya tahrik (md.217), görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma (md.219) ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma (md.220) suçlarından oluşmaktadır. Bu suçlar esasen, toplumun genel olarak suça yönlendirilmesinin ve bu doğrultuda suç işlenmesinin engellenmesi amacını taşımaktadır. Bu suç tiplerinin tamamı birer tehlike suçu niteliğini haizdir⁴.

Bir somut tehlike suçu olan suç ve suçluyu övme suçunun hukuki mahiyetinin ortaya koyulabilmesi için öncelikle tarihsel süreç içerisinde suçun düzenleniş şekli aktarılacak, ardından suçla korunan hukuki değerin tespiti yapılacaktır.

I. SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Suç ve suçluyu övme suçu, işlenmiş bir suçun veya işlediği suç sebebiyle bir suçlunun övülmesi esasına dayanır. Bu şekliyle bir suçun veya suçlunun övülmesinin suç teşkil etmesi ilk kez 765 s. Türk Ceza Kanunu ile söz konusu olmuştur. Ancak suç,

⁴ İbrahim Şahbaz, **Türk Ceza Kanunu - 2.Cilt**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.2420 vd.; Ali Parlar, **Asliye Ceza Davaları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2016, s.1143 vd.; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Türk Ceza Kanunu – 5. Cilt**, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.6487 vd.

mahiyeti itibarıyla Osmanlı hukukunda da belirli şekillerde kendini göstermiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere bir suçun veya suçlunun övülmesi sebebiyle övülen suçun haksızlık teşkil etmediği, aksine suç teşkil eden fiilin meşru olduğu yönünde etki doğabilmektedir. Böylece suç teşkil eden fiillerin işlenmemesi yönündeki irade zorlanmakta, işlenmesi yönünde irade doğabilmektedir. Muhatapların suç işleme yönündeki iradeleri üzerinde oluşturulacak bu etki suç işlemeye tahrik suçunda doğrudan, övme suçunda ise dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple övme fiili dolaylı bir tahrik teşkil etmektedir⁵. Bu bakımdan suçun tarihi gelişimini bireylerin suç işlemeye yönlendirilmelerine ilişkin hükümleri de kapsayacak şekilde açıklamakta fayda vardır.

A. Osmanlı Hukuku Dönemi

Tahrik suçlarının ilk görünüm şekillerinden biri Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'nde "*esirlerin ayartılmasının*" yasaklanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemde genellikle devlete karşı isyan çıkartılmasına tahrikin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmış, özel olarak ise padişahların yönetimde kötü davranışlar sergilemelerini sağlayanlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁶.

Tahrik suçunun kapsamlı şekilde yer aldığı ilk düzenleme 1253 (1838) tarihli Askeri Ceza Kanunu'dur. Kanun'a göre, askerlerin itaatsizliğe tahrik edilmesi sonucu bir muhalefet ve mukavemet doğması halinde bu tahrik fiili cezalandırılacaktır. Yine askerlerin şekavete (eşkıyalığa, haydutluğa) veya firar etmeye tahrik edilmesi de cezayı gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir⁷.

⁵ Erol Cihan, "Cürüm Fiilini Övme", **İÜHF**, C:34, S:1-4, s.117; Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2003, s.230; Faruk Erem, **Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959, s.143 (Anılış: Amme Nizamı Aleyhine Cürümler); Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması – Cilt: III**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1969, s.532; Köksal Bayraktar, **Suç İşleme Tahrik Cürmü**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s.208 (Anılış: Suç İşlemeye Tahrik); Şahbaz, **a.g.e.**, s.2431; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.530.

⁶ Bayraktar, **Suç İşleme Tahrik**, s.60-61.

⁷ Bayraktar, **Suç İşleme Tahrik**, s.61.

Tahrik suçlarına ilişkin bir diğer düzenleme ise 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda yabancı devletlerin, Osmanlı devletine karşı savaşımaya tahrik edilmesinin, halkın padişah veya hükümete karşı isyan etmeye tahrik edilmesinin, devlet güvenliğini tehlikeye atacak şekilde bu yönde yazılı eser üretilmesinin, kişilerin devlet güvenliğini tehlikeye atmaya elverişli yazılarında bu yönde tahriklerde bulunmasının yaptırıma bağlanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kanun’da özel olarak, meydanlarda veya insanların genel olarak bulunduğu yerlerde, öldürme fiilinin işlenmesi için halkın doğrudan doğruya tahrik edilmesi halinde, tahrik edenin öldürme fiilini işleyen kişi gibi cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır⁸.

B. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

1. Genel Olarak

Suç ve suçluyu övme suçu hukukumuzda ilk kez, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 245. maddesindeki düzenlemenin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesine esas alınması vasıtasıyla cürüm fiilini övme suçu olarak yer bulmuştur⁹.

Cürüm sayılan fiili övme suçunun 765 s. TCK’de düzenlendiği ilk hali (1926) “*Kanunun cürüm addettiği bir fiili alenen meth ve istihsan eden ve halkı kanuna ademi itaate tahrik yahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahriş eyleyen kimse bir seneye kadar hapse ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakiye mahkum olur.*” şeklindedir. Suça ilişkin değişiklik öngören 09.07.1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun ile madde metninde kullanılan dilin sadeleştirilmesine ilişkin değişiklikler yapılmış¹⁰, suç için öngörülen ceza artırılmış ve suçun neşir vasıtasıyla işlenmesi hali cezayı ağırlaştıran bir hal olarak düzenlenmiştir. 1953 yılındaki değişiklikte birlikte madde “*Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe veyahut cemiyetin*

⁸ Said Nuri Akgündüz, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, **ABÜİFD**, C:4, S:8, 2016, s. 631; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.62; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s.683.

⁹ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.396 (Anılış: Özel Hükümler).

¹⁰ Önder, **Özel Hükümler**, s.396.

muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli tarzda kin ve adavete tahrik eyliyen kimse üç aydan bir seneye kadar hapis ve 50 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.” şeklini almıştır.

07.01.1981 tarihli ve 2370 sayılı Kanun ile suçun, 311. maddenin ikinci fıkrasında gösterilen şekilde¹¹ işlenmesi halinde cezasının ağırlaştırılmasını öngören üçüncü fıkra bir nitelikli hal olarak madde metnine eklenmiştir¹². 1981 yılındaki değişiklikle birlikte madde “(1) Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir. (4) Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.” şeklini almıştır.

2. Cürüm Fiilini Övme Suçu

765 sayılı Türk Ceza Kanunu II. Kitap, Beşinci Bap’ta “Amme Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler” düzenlenmekte olup, Birinci Fasl “Suç İşlemeye Tahrik, Korku ve Panik Yaratma Amacıyla Tahrik” başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında yer alan 311. madde kişilerin suç işlemeye tahrik edilmesini, 312. maddenin birinci fıkrası cürüm fiilinin övülmesini, 312. maddenin ikinci fıkrası halkın kin ve düşmanlığa tahrik edilmesini, 312. maddenin üçüncü fıkrası halkın bir kısmının aşağılanmasını, 312/a maddesi halkta korku ve panik yaratmak amacıyla halkın tehdit edilmesini suç olarak düzenlemektedir.

¹¹ 765 s. TCK md.311/2 “Tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumî yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır. Para cezası hükmolunacak hallerde bu ceza suçun nevine göre iki bin beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezası olmak üzere tayin olunur.”

¹² Önder, **Özel Hükümler**, s.396.

311. ve 312/a maddelerinin düzenlemesi, bu fiillerin açıkça suç işlemeye tahrik ve korku ve panik yaratma amacıyla tehdit suçlarının karşılığı olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak 312. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları bakımından fasıl başlığında yer alan suçların hangisinin düzenlendiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide kabul edildiği üzere, 311. madde suç işlemeye doğrudan tahrik, 312. madde ise suç işlemeye dolaylı tahrik suçunu teşkil etmekte; iki hüküm birlikte fasıl başlığındaki suç işlemeye tahrik suçunun kapsamını oluşturmaktadır¹³. Bu sebeple 312. maddenin birinci fıkrasında yer alan cürüm fiilini övme suçu suç işlemeye dolaylı tahrik olarak nitelendirilmekte ve fiile ilişkin tespitler bu doğrultuda ele alınmaktadır.

a. Cürüm Fiilini Övme Suçunun Temel Özellikleri

(1) Övülen Fiile İlişkin Özellikler

765 sayılı TCK'nin 312/1. maddesinde bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen kişinin cezalandırılacağı öngörülmektedir¹⁴. 5237 s. TCK md.215'ten farklı olarak, işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişinin övülmesi ceza yaptırımına tabi tutulmamıştır. Buna ilişkin olarak öğretide, cürmü işleyen failin doğrudan veya belirlenemeyen tüm fiilleri için övülmesinin bu suçu oluşturmayacağı; ancak failin gerçekleştirdiği cürüm teşkil eden fiil üzerinden övülmesinin, cürüm teşkil eden fiilin övülmesi için bir araç halini alacağı ve bu sebeple cürüm övme suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir¹⁵.

TCK md.312/1'de övülen cürmün işlenmiş olması gerekip gerekmediği belirtilmediği için, soyut olarak herhangi bir suçun övülmesinin bu madde kapsamına girip girmediği tartışılmıştır. Öğretiye göre, md.312/1 yalnızca işlenmiş olan bir cürmün övülmesi halinde uygulanabilir. İşlenmemiş bir cürmün övülmesi halinde ise,

¹³ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.127; Önder, **Özel Hükümler**, s.395; Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku Cilt: III**, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985, s.610 (Anılış: **Özel Hükümler: Cilt III**).

¹⁴ 765 s. TCK md.312 “Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.”

¹⁵ Önder, **Özel Hükümler**, s.402; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.214-215.

diğer koşulları da varsa, (doğrudan doğruya tahrik olarak ifade edilen) 311. maddede düzenlenen suç işlemeye tahrik suçu tartışılmalıdır. Bu görüşteki yazarlar, madde metninde “*cürüm*” değil “*kanunun cürüm saydığı fiil*” ibaresinin yer aldığını vurgulayarak, kanunun cürüm saydığı fiilden söz edilebilmesi için gerçekleştirilmiş bir fiilin varlığının ve bu fiilin cürüm teşkil ettiğinin belirlenmiş olmasının gerekliliğini dile getirmişlerdir. Bu sebeple cürüm övme suçundan söz edilebilmesi için işlenmiş bir cürmün bulunması gereklidir¹⁶.

Suç tipinde yalnızca cürüm fiilinin övülmesinden söz edildiği için kabahatlerin ve disiplin suçlarının övülmesi halinde bu suç oluşmayacaktır¹⁷. Bunun yanı sıra cürüm teşkil etmeyen haksız fiiller ve ahlaka aykırı fiillerin övülmesi de bu suç meydana getirmemektedir¹⁸.

Düzenlemede cürüm sayılan fiil ifadesine yer verilerek, belirli cürümlerin değil genel olarak tüm cürümlerin övülmesi halinde suçun oluşabileceği hüküm altına alınmıştır¹⁹.

Övülen cürmün kasten veya taksirli işlenen bir suç olmasına göre farklı sonuçlar doğup doğmayacağı öğretilde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, cürüm fiilini övme suçu, suç işlemeye dolaylı bir tahrik teşkil ettiği ve taksirle işlenen cürüm fiilleri nitelikleri gereği tahrik altında işlenemeyeceği için, övülmesi yaptırıma bağlanan cürüm fiilleri yalnızca kasten işlenebilen cürüm fiilleri olmalıdır²⁰. Başka bir görüşe göre ise, madde metninde cürüm teşkil eden fiiller arasında ayırım yapılmaması sebebiyle düzenleme taksirle işlenen cürüm fiillerinin övülmesini de kapsamaktadır. Bu görüşe göre taksirle işlenen cürüm fiillerinin övülmesi halinde toplumda, tipik fiilin gerçekleştirilmemesi hususunda gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi yönünde

¹⁶ Önder, **Özel Hükümler**, s.399; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.212; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.144; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.231; Cihan, **a.g.e.**, s.122; Çetin Özek, “Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve TCK.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı”, **İÜHFM**, C:33, S:3-4, s.454.

¹⁷ Önder, **Özel Hükümler**, s.398; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.212; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.144; Cihan, **a.g.e.**, s.124; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.231.

¹⁸ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.210; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.230; Gözübüyük, **a.g.e.**, s.531; Cihan, **a.g.e.**, s.123.

¹⁹ Önder, **Özel Hükümler**, s.403.

²⁰ Önder, **Özel Hükümler**, s.398; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.144; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.231; Cihan, **a.g.e.**, s.123.

olumsuz bir etki doğabilecektir ve bu sebeple taksirle işlenen cürüm fiillerinin övülmesi de md.312/1 kapsamında değerlendirilmelidir²¹.

Övülen cürümün teşebbüste kalmış olması halinde dahi, övme suçunun oluşacağı kabul edilmektedir²². Benzer şekilde, cürüm övme suçunun oluşması bakımından cürüm teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesi yeterli olup, işlediği suçtan dolayı failin kınanabilirliği ya da cezalandırılabilirliği herhangi bir etkiye sahip olmamaktadır²³. Bunun gibi övülen cürümün zamanaşımına uğramış olması halinde de övme suçu oluşabilmektedir²⁴.

(2) Övme Fiiline İlişkin Özellikler

Övme kavramının mahiyeti ve övmenin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği, 5237 sayılı TCK md.215'te düzenlenen suçu ve suçluyu övme suçu ile farklılık göstermemektedir. Suç tipi incelemesinin yapıldığı ikinci bölümde övme fiiline ilişkin açıklamalar ayrıntılı şekilde ele alındığından, tekrara düşmemek adına bu husus ayrıca açıklanmayacaktır.

Bu bağlamda farklılık arz eden bir konu olarak, 312. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda yer alan “*kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde*” ibaresinin cürüm fiilini övme suçu için de uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu husustaki bir görüşe göre, bu ibare yalnızca halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu düzenleyen ikinci fıkrada yer aldığından cürüm fiilini övme suçu bakımından uygulanması mümkün değildir²⁵. Başka bir görüşe göre ise, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda açıkça yer verilen bu ibare, maddede düzenlenen diğer suçlar bakımından suçların tabiatları gereği, kanunen mevcut kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle, cürüm övme fiilinin kamu düzeni bakımından tehlikeli olabilecek şekilde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın, fiilin

²¹ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.213.

²² Önder, **Özel Hükümler**, s.399; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.212.

²³ Önder, **Özel Hükümler**, s.400; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.216; Cihan, **a.g.e.**, s.123.

²⁴ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.217; ancak *Bayraktar'a* göre, övülen fiil ile övme fiili arasında çok uzun süre geçmişse, tahrik durumunun var olduğu ileri sürülemeyecektir (bkz.: Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.217).

²⁵ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.218.

özünde kamu için tehlikeli olma niteliğini haiz olduğunun karine olarak kabul edilmesi gereklidir²⁶.

Suçun her türlü kitle iletişim araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılmaktadır.

(3) Cürüm Fiilini Övme Suçunun Manevi Unsuru

Cürüm övme suçu kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir²⁷. Failin övdüğü fiilin cürüm teşkil ettiğini bilmesi ve gerçekleştirdiği hareketler ile cürmün övülmüş olmasını veya iyi görüldüğünü ifade etmeyi istemesi gerekmektedir²⁸.

(4) Cürüm Fiilini Övme Suçunun Yaptırımı

Cürüm övme suçunu işleyen kişiye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.

C. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Suç ve suçluyu övme suçu, 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun II. Kitap, Üçüncü Kısım, Beşinci Bölüm'ünde, "*Kamu Barışına Karşı Suçlar*" başlığı altında yer alan 215. maddede düzenlenmiştir. 5237 s. TCK'nin kabul edildiği tarihte suçu ve suçluyu övme suçu "*İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmekteydi. Kamu barışına karşı suçlar için ortak hüküm niteliğindeki 218. maddeye göre ise suçu ve suçluyu övme suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranına kadar artırılacaktır.

²⁶ Erem, *Amme Nizamı Aleyhine Cürümler*, s.144; Cihan, *a.g.e.*, s.120; Erem, Toroslu, *a.g.e.*, s.230.

²⁷ Önder, *Özel Hükümler*, s.403; Cihan, *a.g.e.*, s.124.

²⁸ Bayraktar, *Suç İşlemeğe Tahrik*, s.224.

11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 215. maddeye “*bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde*” ibaresi eklenmiştir.

Yapılan değişiklikler sonucu suçu ve suçluyu övme suçunu düzenleyen 215. madde nihai olarak “*İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklini almıştır.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer, “*suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaattir*”²⁹. Bir diğer ifadeyle korunan hukuki değer, ihlal edilmesi halinde kanunun bu ihlale yaptırım uygulayarak koruduğu değerdir. Her suç en az bir hukuki değeri korumaktadır³⁰. Suçla korunan hukuki değerın tespiti, özellikle suçun mağduru, suç sayısının tespiti, suçların içtimai hükümlerinin uygulanması ve hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın belirlenmesi bakımından önem teşkil etmektedir.

Suç ve suçluyu övme suçu gibi tehlike suçları ve genel olarak kamu barışına karşı suçlar bakımından korunan hukuki değerin tespiti kolay değildir. Bu suçların hangi konu üzerinde işlendiği ve maddi konunun ilişkili olduğu hangi hukuki değeri veya değerleri ihlal ettiğini tespit edebilmek zarar suçlarına nazaran daha zordur. Örneğin kasten öldürme suçu bakımından suçun konusunun kişinin yaşamı olduğu ve suç sebebiyle meydana gelen zararın kişinin yaşamı üzerinde gerçekleştiği açıktır. Buradan yola çıkarak kişinin yaşam hakkının korunan hukuki değer olduğu sonucuna varılabilecektir. Ancak halkın bir kısmının halkın diğer kısmına karşı öldürme suçunu

²⁹ Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.31; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK Md.1-75**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015, s.148 (Anılış: Genel Hükümler); Ünver’e göre, hukuki değer, “*insanın kendisini geliştirmesini olanaklı kılan objeler anlamında, hukukun, bazen de ceza hukukunun koruma objeleridir*” (bkz.: Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.79) Bu bakımdan korunan hukuki değer suç teşkil eden haksızlığın anlaşılabilmesi ve tespit edilebilmesini ve suçun maddi yapısının nitelikleri ortaya koyulmasını sağlayan bir işlev görmektedir (bkz.: Ünver, **a.g.e.**, s.77-78).

³⁰ Özgenç, **Genel Hükümler**, s.170; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.119.

işlemeleri için tahrik edilmeleri halinde oluşan suç işlemeye tahrik suçu bakımından, yalnızca öldürülme tehlikesi altında bulunan kişilerin yaşamları bakımından değil, aynı zamanda toplumun suç işlemeye yönlendirilmesi ile yaratılan bir tehlike de meydana gelmekte ve bu tehlike toplumun belirli değerlerini ihlal edebilmektedir. Kamu barışına karşı işlenen diğer suçlar bakımından da benzer örnekler vermek mümkündür. Bu sebeple suçu ve suçluyu övme suçu ile korunan hukuki değerın tespiti için hem suçun kanunda yer aldığı konum itibarıyla hem de suçun meydana getirdiğı etkiler bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

A. Suç Tipinin Kanunda Düzenlenişi İtibarıyla Yapılacak Tespit

Suç ve suçluyu övme suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun II. Kitap, Üçüncü Kısım, Beşinci Bölüm'ünde, "*Kamu Barışına Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'de ise suçu ve suçluyu övme suçunun karşılığı olan cürüm fiilini övme suçu, II. Kitap, Beşinci Bap'ta "*Amme Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler*" başlığı altında yer almaktaydı. Suçu ve suçluyu övme suçunun 5237 s. TCK bağlamında kamu barışına karşı işlenen bir suç olarak, 765 s. TCK bağlamında ise amme nizamı aleyhine (kamu düzenine karşı) işlenen bir suç olarak kabul edildiğı görülmektedir. Suçun düzenlendiğı bölüm bakımından yapılan bu değışikliğin korunan hukuki değeri bakımından önemini tespit edebilmek için öncelikle kamu düzeni ve kamu barışı kavramları arasındaki ilişkinin ortaya koyulması gereklidir.

Oldukça geniş bir kavram olan **kamu düzeni** bakımından öğretide çeşitli tanımlar yapılmıştır. Kamu düzeni "*bozulduğunda kamu yararını olumsuz yönde etkileyen ve bozulmasının önlenmesiyle de kamu yararı gerçekleşen düzen*"³¹; *toplumsal hayatın düzenli gidişi, yurttaşların birbirleri ve devletle olan ilişkilerini uyumlu biçimde ve barış içinde sürdürmeleri*"³²; "*toplumun barış ve güven içinde*

³¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2015, s.290.

³² Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.97.

gelişmesini ve yaşamlarını sürdürmesini sağlayacak ortam”³³ şeklinde ifade edilmiştir.

Kamu düzeni kavramının kapsamı bakımından yapılan ayrımlardan ilki klasik ve modern anlayışa dayanmaktadır. Klasik anlayış bağlamında üç temel unsur kabul edilmiştir. Bunlardan ilki olan güvenlik, kamusal alanda bireylerin can ve mal güvenlikleri bakımından endişe duymaksızın yaşamlarını sürdürmeleri anlamına gelmektedir³⁴. Diğer bir unsur olan esenlik ise toplumda rahatsızlık yaratabilecek gürültü, koku, toz gibi unsurların olması gereken sınırlar içinde tutulması ile sağlanan durumdur³⁵. Klasik anlayışın son unsuru olan sağlık ise toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması ve bireylerin sağlıklı şartlar içinde yaşamlarını devam ettirmeleri anlamına gelmektedir³⁶. Ancak zaman içerisinde klasik anlayışın yerini modern anlayış almış ve kamu düzeni kavramına genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru ve bireylerin kendilerine karşı korunması unsurları da dahil edilmiştir³⁷.

Yargı içtihatlarında da kamu düzenine ilişkin çeşitli tespitlerin yer aldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kamu düzenine ilk kez E.1963/128, K.1964/8, T.28.01.1964 kararında değinmiş ve kavrama ilişkin olarak “...*kamu düzeni* deyiminin, toplumun huzur ve sükununun sağlanması, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır” tespitinde bulunmuştur³⁸. Anayasa Mahkemesi sonraki kararlarında

³³ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku – Cilt: I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.652.

³⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.652; Günday, **a.g.e.**, s.292; Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.55; Hülya Çelik Şeşen, **Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.19.

³⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.652; Günday, **a.g.e.**, s.292.

³⁶ Kemal Gözler, **İdare Hukuku – Cilt: II**, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s.473; Günday, **a.g.e.**, s.292; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.652; Çelik Şeşen, **a.g.e.**, s.20.

³⁷ Gözler, **a.g.e.**, s.473; Tekinsoy, **a.g.e.**, s.107; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.655.

³⁸ Çetindağ, “Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Bağlamında Kamu Düzeni”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2004, s.53.

kamu düzeni kavramının ekonomik, sosyal ve ahlaki unsurları da kapsadığını kabul etmiştir³⁹.

Kamu düzeni kavramının kapsamı bakımından yapılan ayrımlardan ikincisi ise geniş ve dar anlamda kamu düzenine ilişkindir. Geniş anlamda kamu düzeni toplum yapısını ve kurumlarını, bireyler arası ilişkileri, toplumsal yaşamı ilgilendiren kuralları ve değerleri kapsamaktadır. Bu açıdan kamu düzeni toplumun sosyal ve siyasal yapısının oluşturulması ve hem bireyler arasındaki hem de bireyler ile kurumlar arasındaki ilişkilerin uyumlu biçimde sürdürülmesi, bireylerin huzur içinde yaşaması anlamına gelmektedir. Dar anlamda kamu düzeni ise düzenli işleyen bir toplumsal hayatı, bireylerin birbirleri ve devletle olan ilişkisinin uyumlu şekilde sürmesini ve barış içinde yaşamalarını ifade etmekte olup, geniş anlamda kamu düzeninin bir parçasını oluşturmaktadır⁴⁰. Bu doğrultuda 765 sayılı TCK’de ifade edilen kamu düzeninin dar anlamda kamu düzenini olduğu kabul edilmektedir⁴¹.

Bu tanımlardan hareketle kamu düzeninin, bireylerin huzur ve barış içinde yaşadıkları, birbirleri ve devlet kurumlarıyla olan ilişkilerinin uyumlu şekilde sürdüğü bir düzen olduğu kabul edilebilir. Bu düzen, ancak onun dayandığı değerlerin çeşitli araçlarla korunması ile tesis edilebilir ve devam ettirilebilir. Ceza hukuku da bu değerleri korumak için başvurulacak bir araçtır⁴². Kamu düzeninin oluşturulması ve devamlılığının sağlanması için korunması gereken değerlerin ihlal edilmesinin bir suç olarak düzenlenmesi halinde ihlal teşkil eden fiil cezalandırılacaktır. Buradan hareketle ceza hukuku aracılığıyla korunan her hukuki değer ihlalinin, yani işlenen her suçun, aynı zamanda kamu düzeninin ihlali anlamına geldiği söylenebilecektir⁴³. Ancak bu ihlaller kamu düzenini oluşturan birden çok değerden yalnızca biri veya

³⁹ Tekinsoy, **a.g.e.**, s.255; Çetindağ, **a.g.e.**, s.58.

⁴⁰ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrir**, s.97.

⁴¹ Şahbaz, **a.g.e.**, s.2440.

⁴² Özgenç, **Genel Hükümler**, s.50; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.43; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.31; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2440; Çetin Özek, “1997 Türk Ceza yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, **İÜHF**, C.56, S.1-4, 1998, s.24; Ahmet Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrir Cürmü**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s.66 (Anılış: Tahrir Cürmü); Adem Sözüer, “Önsöz Yerine-Türk Ceza Hukuku Reformu”, **İÜHF**, C:71, S:1, s.3.

⁴³ Önder, **Özel Hükümler**, s.374; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrir**, s.100; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s. 138; Ünver’e göre, hukuki değer esasen bireye aittir ve bireyin özgürlüğünden kaynaklanmaktadır. Ancak bireyin toplum içinde yaşaması sebebiyle hukuki değere yönelen ihlaller aynı zamanda toplumsal yöne de sahiptir (bkz.: Ünver, **Korunan Hukuksal Değer**, s.67).

birkaçına yöneliktir. Örneğin öldürme suçunda yaşam hakkının ihlali, yaşam hakkı kamu düzeninin bir parçası olduğu için aynı zamanda kamu düzeninin dolaylı olarak ve kısmen ihlal edilmesine sebep olur. Oysaki bazı suç tipleri ayrıca bir suç teşkil etmeyip doğrudan kamu düzenine yönelik ihlal niteliğini haiz olmaktadır⁴⁴. Kanun’da kamu barışına (veya kamu düzenine) karşı suçlar bölümünde yer alan suçlar bu nitelikte suçlardandır. Örneğin suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övmeye veya halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlarının işlenmesi ile kamu düzenini oluşturan hukuki değerler tek tek ihlal edilmemekte; kamu düzeninin bir bütün olarak ifade ettiği huzur ve barış içinde yaşama durumu ihlal edilmektedir. Bu sebeple bu suçlar kamu düzenini doğrudan ihlal etmektedir⁴⁵.

Kamu barışı kavramı ise kamu düzenine nazaran oldukça yeni bir kavramdır ve ceza kanunlarına 5237 sayılı TCK ile girmiştir. Kavramın anlamı öncelikle kamu barışına karşı suçları düzenleyen hükümlerin gerekçelerinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Kamu barışına karşı suçlardan biri olan ve TCK md.213’te düzenlenen halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunun komisyon gerekçesinde kamu barışı kavramına ilişkin olarak “*Kamu barışı kavramından, bireyler arasındaki ilişkilerde hukukun egemen olduğu toplum düzeni anlaşılmalıdır. Bireylerin taşıdığı, barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun da kamu barışı kavramı içerisinde düşünülmesi gerekmektedir. Bu kavram, kamu güvenliği kavramından daha geniş bir anlam içeriğine sahiptir.*” tespitinde bulunulmuştur. Gerekçede bu suçla yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık, mülkiyet hakkı olmak üzere birden fazla hukuki değer korunduğu belirtilmiştir⁴⁶.

⁴⁴ Önder, **Özel Hükümler**, s.375; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.100; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.138.

⁴⁵ Bu nitelikteki suç tiplerine yer vermesi sebebiyle Kanun’un İkinci Kitap Üçüncü Kısımında yer alan suçların “*Topluma Karşı Suçlar*” yerine “*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*” olarak isimlendirilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz.: Zeki Hafizoğulları, Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBBD**, S:69, 2007, s.31.

⁴⁶ TCK md.213 Komisyon Gerekçesi “*Madde ile, ülkenin belli bir bölgesinde yaşayan halkın hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından tehdit edilmesi, suç haline getirilmiştir.*”, (Çevrimiçi), http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=vv50ilum_4&pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237, E.T. 12.06.2018.

Bir başka kamu barışına karşı suç olan ve TCK md.220’de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun komisyon gerekçesinde suç ile korunan hukuki değerler kamu güvenliği ve barışı olduğu açıklanmıştır⁴⁷.

Bu hususta öğretilerdeki bir görüşe göre kamu barışı, kamu düzeninden daha dar, kamu güvenliğinden daha geniş bir kavramdır⁴⁸. Başka bir görüşe göre ise kamu barışı “sosyal hayatın muntazam gidişi, daha iyi görünüşü ve vatandaşın uyumlu ve huzur içinde yaşaması” anlamına gelmektedir⁴⁹. Diğer bir görüşe göre kamu barışı, “sosyal huzur, barış ve güven içeren düzeni” ifade etmektedir⁵⁰. Başka bir görüş açısından kamu barışı “kamu düzeni ile kamu güvenliği arasında anlamlı bir iletişim kurabilmek için korunması gerekli bir değer olarak, kişilerin huzur ve sükûnet içinde yaşadıklarına ilişkin temel inancı taşıdıkları ve bunun yanında hukukun üstünlüğünün sağlandığı durumdur.”⁵¹.

Kamu düzeni, bireylerin kamusal alandaki güvenliklerinin tesis edilmiş olduğu, sağlığa yönelik genel tehlikelerin bulunmadığı, esenliğin mevcut olduğu, bireyler arası ilişkilerin uyumlu sürdüğü ve topluma huzurun hakim olduğu durumu ifade etmekte olup; yukarıdaki açıklamalardan yola çıkıldığında kamu barışı kavramının da esasen bireylerin suç mağduru olma tehlikesiyle karşı karşıya kalmadığı bir ortamda, toplumun genel düzenini bozacak suçların işlenmeyeceği düşüncesiyle ve huzur içinde yaşamlarını sürdürmeleri anlamına geldiği söylenebilecektir. Bu

⁴⁷ TCK md.220 Komisyon Gerekçesi “Bu suç tanımı ile korunan hukukî değer, kamu güvenliği ve barışıdır. Kamu güvenliği ve barışının bozulması ise, bireyin güvenli, barış içinde yaşamak hakkını da zedeleyecektir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyle aynı zamanda bireyin, Anayasa’da güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmaktadır.” (Çevrimiçi), http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=vv50ilum_4&pkanunlarno=24110&pkanunnumarası=5237, E.T. 12.06.2018; bu yöndeki görüş için bkz.: Özgenç, **Suç Örgütleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.13.

⁴⁸ Ahmet Gökçen, “Kamu Barışına Karşı Suçlar”, **Polis Dergisi**, S: 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s.1; Parlar, **a.g.e.**, s.1147; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2419; Özge Apiş, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK md.216)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.21; bu hususta Gökçen, kamu barışının hem genel güvenliği hem de bireylerdeki kamu güvenliğine ilişkin duyguyu ifade ettiğini belirtmiştir. Bununla birlikte kamu barışı “halkın mevcut hukuk düzeninin korunması altında yaşadığına dair duyguyu” da içinde barındırmaktadır (bkz.: Gökçen, **Tahrik Cürmü**, s.69).

⁴⁹ Özgecan Ordu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s.42.

⁵⁰ Şahbaz, **a.g.e.**, s.2418.

⁵¹ Öykü Didem Aydın, “Yeni Ceza Kanunu ve Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:6-9, 2006, s.7 (Anılış: Eleştirel Bakış).

bakımdan kamu barışı kavramının, kamu düzeninin sağlanmasıyla elde edilen toplumsal huzura tekabül ettiği görülmektedir. Kamu barışı kavramının kamu düzeninden ayrı ya da kamu düzeninin belirli bir kısmını oluşturduğu görüşüne iştirak etmemekteyiz. Zira kamu düzeninin kapsamına giren tüm unsurların gerçekleşmesi halinde ulaşılan durum toplumsal uyum, barış, huzur olarak tanımlanabilecek durumdur. Bu durum ise kamu barışı olarak belirtilen durumla özdeştir. TCK md.220'nin gerekçesinde dahi, her ne kadar korunan hukuki değerin kamu güvenliği ve barışı olduğu ifade belirtilse de örgüt kurma suçunun toplum düzenini bozduğu ifade edilmiştir⁵².

Sonuç itibarıyla, kamu barışı ile kamu düzeni arasında, bunların korudukları değerler bakımından bir farklılık olduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple 765 s. TCK'de amme nizamı (kamu düzeni) aleyhine işlenen suçların 5237 s. TCK'de kamu barışına karşı suçlar olarak tanımlanması anlamlı bir değişiklik teşkil etmemektedir. Gerek 765 s. TCK md.312/1'de düzenlenen cürüm fiilini övme gerekse 5237 s. TCK md.215'te düzenlenen suç ve suçluyu övme suçu kamu düzenine karşı işlenen suçlardır.

B. Suçu ve Suçluyu Övme Suçunun Mahiyeti İtibarıyla Yapılacak Tespit

Suç ve suçluyu övme suçu ile korunan hukuki değer, bir suçun ya da işlediği suç sebebiyle bir kişinin övülmesinin neden cezalandırılması gerektiği ile doğrudan bağlantılıdır. Bir suçun veya işlediği suç sebebiyle bir kişinin övülmesinin cezalandırılmasının gerekliliği temel olarak iki sebebe dayanmaktadır. Birincisi övmenin dolaylı bir tahrik teşkil etmesi; ikincisi ise övme sonucu, övülen fiilin cezalandırılması ile güdülen amaca ulaşılması bakımından olumsuz etki oluşabilmesidir.

⁵² TCK md.220 Komisyon Gerekçesi “Örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğindedir. Suç işlemek için örgüt kurmak, toplum düzenini tehlikeye sokmaktadır.”, (Çevrimiçi), http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=vv50ilum_4&pkunlarno=24110&pkunnumarasi=5237, E.T. 12.06.2018.

1. Övmenin Dolaylı Bir Tahrik Teşkil Etmesi

Suç teşkil eden fiilin ya da işlediği suç sebebiyle failin övülmesi, işlenen fiilin mazur görülmesi ve hatta meşru kabul edilmesi gerektiği yönünde bir algı yaratabilmektedir⁵³. Böylece fiilin hukuka aykırı olduğu yönündeki bilinç zedelenebilmekte ve fiilin hukuka uygun olduğu yönünde bir algı oluşturulabilmekte ya da bu yöndeki mevcut algı güçlendirilebilmektedir. Suç teşkil eden fiillerin meşru görülmesi ise kişilerin bu fiilleri gerçekleştirmekten çekinmeleri ihtimalini zayıflatmakta ya da bunları işleme ihtimallerini artırmaktadır.

Bununla birlikte suç işlemeye tahrik suçunda (TCK md.214), muhatapları belirli yönde hareket etmeleri için harekete geçirebilecek doğrudan bir telkin söz konusuysa; övme suçunda muhatapların iradesine doğrudan etki edecek bir fiil gerçekleştirilmemektedir⁵⁴. Muhatapların iradesi üzerindeki etki, övülen fiilin takdiri hak eden, doğru, meşru yönlerinin ortaya koyulması, fiilin yüceltilmesi sonucu fiilin işlenmemesi yönündeki psikolojik engellerin kaldırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Sonuç itibarıyla, muhatapların suç işlemeleri yönündeki iradeleri üzerindeki etki suç işlemeye tahrik suçunda doğrudan, övme suçunda ise dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple övme fiili suç işlemeye dolaylı bir tahrik teşkil etmektedir⁵⁵.

⁵³ Cihan, **a.g.e.**, s.115; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.101.

⁵⁴ Suç işlemeye tahrik suçu ile belirsiz sayıdaki kişilerin suç işlemeleri için kısıktılması, harekete geçirilmesi yaptırım altına alınmıştır. Tahrikte bulunan kişi, diğer kişilerin suç işlemesini istemekte ve kişilerin bu yönde karar vermelerini temin etmektedir. Tahrikin nasihatle bulunma, telkin etme, cesaret verme gibi şekillerde ve yazı ya da söz vb. her türlü yolla yapılması mümkündür. (bkz.: Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6496-6497). Suç işlemeye tahrik suçunda fail, suç işlemeleri yönünde kişilere doğrudan bir tahrikte bulunmaktadır. Örneğin, ebeveynlerin çocuklarını eğitebilmeleri için onlara mutlaka şiddet uygulamaları gerektiğini ve bunun ebeveynlerin hakkı olduğunu ifade eden kişi, çocuğa karşı kasten yaralama veya eziyet suçlarının işlenmesi için açık ve yoğun bir teşvikte bulunmaktadır. Bu bakımdan tahrik, muhatapı üzerinde onun bu suçları işlemesi bakımından doğrudan bir etki yaratmaktadır.

⁵⁵ Cihan, **a.g.e.**, s.117; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.230; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.143; Gözübüyük, **a.g.e.**, s.532; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.208; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2431; Soyaslan, **a.g.e.**, s.530.

2. Övmenin Övülen Fiilin Cezalandırılması ile Ulaşılmak İstenen Amaç Bakımından Olumsuz Etki Yaratması

Övmenin mahiyeti bağlamında korunan hukuki değerin tespit edilebilmesi için, övme fiilinin etki gösterdiği bir diğer alan olan övülen suç ve suçlu bakımından inceleme yapılması gerekmektedir. Bir suçun ve işlediği suç sebebiyle failin övülmesi, pek doğaldır ki işlenen suçun mağduru, faili ve genel olarak toplum üzerinde de birtakım etkiler doğurmaktadır. İşlenen suçun mağdurunun, failinin ve toplumun övme fiilinden nasıl etkilendiğinin belirlenebilmesi için ise öncelikle övülen fiilin cezalandırılması ile güdülen amaç tespit edilmelidir.

Cezalandırmanın amacının esasına ilişkin pek çok görüş ileri sürülmüştür. Cezalandırmanın amacına ilişkin görüşler, bunlarla sınırlı olmamak üzere, genel olarak mutlak teoriler, nisbi teoriler, karma teori ve sosyal savunma teorisi olarak dört grupta toplanmaktadır.

Mutlak teorilerin esası, failin, gerçekleştirdiği fiil sebebiyle acı duymasının ve bu kusurlu davranışının kefaretni ödemesinin sağlanmasıdır. Bu sebeple ceza, amaca ulaşmada kullanılan bir araç olmayıp bizatihi bir amaç teşkil etmektedir⁵⁶. Mutlak teorilerden adalet teorisine göre failin cezalandırılmasının sebebi, failin kusurlu davranışı karşılığında ve kusuru oranında ceza alması gerekmesi ve kanunun iradesine bir karşı çıkış olan bu fiilin cezalandırılması ile kanunun inkarının ortadan kaldırılacak olmasıdır⁵⁷. Mutlak teorilerden kefaretn teorisine göre ise, geçmişte kötü kabul edilen bir fiili işleyen faile, bu fiilinin karşılığı olarak kusuru oranında ceza verilmekte, yani kefaretn ödetilmektedir. Bir başka ifadeyle faile, işlediği kötülükle orantılı bir kötülük geri verilmektedir. Buna göre adil olmayan şekilde davranan kişinin fiili sonucu başka kişiler mağdur olduğundan bu hatalı tutum faile ödetilmelidir. Cezanın uygulanması halinde, failin kanuna aykırı davranarak meydana getirdiği düzensizlik de giderilmiş olmaktadır. Ancak failin maruz bırakılacağı kötülük kendisinin meydana getirdiği

⁵⁶ Haluk Toroslu, “Ceza Müeyyidesi”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s.27 (Anılış: Ceza Müeyyidesi); Fatma Karakaş Doğan, “Cezanın Amacı ve Hapis Cezası”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s.17.

⁵⁷ Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.17; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.35; öğretide adalet teorisi “*hukuki kefaretn teorisi*” ismiyle de yer almaktadır (bkz.: Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.35).

kötülüğün bedeli olduğu için, bu iki kötülük yani fiil ile ceza arasında bir orantı bulunmalıdır⁵⁸.

Mutlak teorilere göre ceza, yalnızca geçmişte işlenen fiillere yönelik olarak verilen bir karşılıktan ibarettir ve cezanın geleceğe yönelik bir işlevi bulunmamaktadır⁵⁹.

Nisbi teoriler için ise ceza, amaca ulaşmak için kullanılan bir araçtır. Nisbi teorilerden genel önleme teorisine göre, kanunda bir fiile ceza yaptırımını öngörülmüş olması bu fiili işlemeyi düşünen kişi üzerinde caydırıcı bir etki yaratmaktadır. Bu işlevin yerine getirilebilmesi için ise suç işleyen kişilere bu cezanın uygulanması gerekmektedir. Böylece diğer kişiler, suç işledikleri takdirde karşılaşacakları yaptırıma tanık olarak suç işlememe yönünde irade göstereceklerdir. Suç işleyen kişinin cezalandırılmasının, potansiyel suçlular üzerinde caydırıcı bir etkisi olduğu kabul edildiğinden ceza, ileriye yönelik olarak suç işlenmesinin önüne geçilmesi yani bireylerin kanunlara uygun davranması için bir araç niteliğindedir⁶⁰. Nisbi teorilerden özel önleme teorisine göre, cezalandırmanın üç temel işlevi bulunmaktadır. Öncelikle, işlemiş olduğu suçun karşılığı olarak kişiye ceza verilmesi halinde, kişi bu yaptırımla bir daha karşılaşmamak için yeniden suç işlemek istemeyecek, böylece tekerrürün önüne geçilecektir. İkinci olarak, cezalandırma ile birlikte fail gerçekleştirdiği fiilin mahiyetini algılayarak, bunun gerçekleştirilmemesi gereken bir davranış olduğu yönünde farkındalık kazanacak ve nihayetinde topluma geri dönmeye hazır hale gelecektir. Bu bakımdan ceza failin topluma yeniden kazandırılması bakımından etkili bir unsur teşkil etmektedir. Üçüncü olarak, cezanın infazı süresince failin, yeniden içinde yer almaya hazır olmadığı toplumdan izole edilmesiyle toplum işlenmesi mümkün yeni suçlardan korunmuş olacaktır⁶¹. Özet olarak genel önleme teorisi, failin cezalandırılması üzerinden toplumun geri kalanının suç işlemekten caydırılmasını;

⁵⁸ Bernd Heinrich, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.11; Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.17; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.31.

⁵⁹ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.28; Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.17.

⁶⁰ Heinrich, **a.g.e.**, s.11-12; Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.20-22; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.40.

⁶¹ Heinrich, **a.g.e.**, s.12-13; Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.22; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.46.

özel önleme teorisi ise failin cezalandırılması sonucu failin kendisinin bir daha suç işlemekten caydırılmasını ve nihayetinde toplumun korunmasını esas almaktadır.

Mutlak teorilerin aksine nisbi teorilerin cezaya bakış açısının, ileri yönelik olarak suç işlenmesinin önüne geçilmesi noktasında toplandığı görülmektedir⁶².

Sosyal savunma teorisi ise, ceza ve güvenlik tedbirlerinin amacının faili ıslah etmek, topluma yeniden kazandırmak ve böylece yeniden suç işlenmesinin önüne geçilmesi olduğunu ileri sürmektedir⁶³.

Karma teoriye göre ise, cezalandırma hem geçmişte işlenen ve kötülük olarak kabul edilen fiillerin ödetilmesinin bir yöntemi hem de gelecekte yeni suçlar işlenmesinin önüne geçilmesi için bir araç niteliğindedir. Failin cezalandırılması ile hem faile bir kefaret ödetilmekte hem failin ıslahı ile yeniden suç işlemesinin önüne geçilmekte hem de toplumdaki diğer bireylerin suç işlemesi bakımından genel bir caydırıcı etki yaratılmaktadır. Cezalandırmanın bu işlevi yerine getirebilmesi için, toplumdaki adalet duygusunu tatmin edici ve hukuki değerlerin korunmasını sağlamaya elverişli olması gerekmektedir. Bunun için ise cezanın belirlenmesinde fiilin işleniş şekli ve failin özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu şekilde verilen bir cezanın adil olduğu kabul edilmektedir. Adil bir cezalandırma ile birlikte fail bakımından özel önleme etkisi ve topluma yeniden kazandırılma ihtimali, toplum bakımından ise genel önleme etkisi gerçekleşecektir⁶⁴.

Bu teorilerin Türk Ceza Hukuku'ndaki karşılıklarını tespit edebilmek için Türk Ceza Kanunu'nun 1., 3. ve 6. maddelerinin ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 3. maddesinin incelenmesi gerekmektedir⁶⁵. Cezalandırmanın amacına ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği yaklaşım Kanun'un 1. maddesinde açıklanmıştır. TCK md.1'e göre ceza

⁶² Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.22

⁶³ H. Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.47; Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.31; bu teoriyi savunanlara göre, failin ıslahını merkezine alan sosyal savunma teorisi, özel önleme teorisine göre daha bütüncül bir yaklaşım sergilediği için ayrı bir teori olarak ele alınmalıdır. Çünkü bu görüşe göre, özel önleme teorisinden farklı olarak, failin, gerçekleştirdiği davranışının mahiyetini algılayıp ıslah olabilmesi için ceza tek başına yeterli değildir ve ancak cezalandırma ile birlikte ıslah edici ilave tedbirlerin uygulanmasıyla fail bu farkındalığa kavuşabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.49.

⁶⁴ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.52; Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.28.

⁶⁵ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s.55; Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.43.

kanununun amacı, kişi hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeninin ve bunun kapsamına giren güvenlik, sağlık, çevre ile toplum barışının korunması ve suç işlenmesinin önlenmesidir. Bu madde tek başına değerlendirildiğinde Kanun'un genel ve özel önleme teorisinden etkilendiği görülmektedir. Bununla birlikte TCK md.3'e göre ceza ve güvenlik tedbirleri fiilin ağırlığına göre olmalı, md.6'ya göre ise somut cezanın belirlenmesinde failin özellikleri göz önüne alınmalıdır. Bu maddeler ışığında, özellikle failin kusurunun gözetilmesi dikkate alındığında kefarete teorisinin etkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. TCK'nin genel hükümlerinden yola çıkarak Kanun'a karma teorisinin hakim olduğu; bir başka deyişle, cezalandırma ile hem geçmişte gerçekleştirilen fiillerin failin kusuru dikkate alınarak ödetilmesi hem de geleceğe yönelik olarak hem failin hem de toplumun geri kalanının suç işlemesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı sonucuna varılmaktadır. CGTİHK'nin 3. maddesinde ise cezaların infazında temel amacın, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyecek etkenleri güçlendirmek, hükümlünün yeniden sosyalleşmesini sağlamak ve toplumu suçtan korumak olduğu açıklanmıştır. Bu hüküm infaz hukuku bakımından da karma teorisinin etkili olduğunu ortaya koymaktadır.

Ancak ceza hukukunda mağdurun konumu ve haklarına ilişkin görüşlerin zamanla değişmesi cezalandırmanın amacına ilişkin yaklaşımı da etkilemiştir⁶⁶. Özellikle onarıcı adalet uygulamalarının kabul görmesi ile suçtan asıl etkilenenin devlet değil mağdur kişi olduğu kabul edilmiş, mağdurun yargılama ve infaz sürecine etkili şekilde katılmasına yönelik imkanlar tanınmış, bu süreçte daha fazla zarar görmesinin önüne geçecek nitelikte tedbirler alınması sağlanmıştır. Örneğin uzlaştırma uygulamasının iyi uygulanmış örneklerinde, mağdur, suçtan nasıl zarar gördüğünü faile aktararak failin ona verdiği zararı anlamasını sağlamakta, fail ise buna ilişkin farkındalık geliştirerek mağdurla empati kurmaktadır⁶⁷. 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaşmaya ilişkin hükümleri ve mağdur hakları yasa tasarısı⁶⁸ hukukumuzda yer alan onarıcı adalet uygulamalarına ilişkin örneklerdir.

⁶⁶ Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.42.

⁶⁷ Karakaş Doğan, **a.g.e.**, s.42.

⁶⁸ Adalet Bakanlığı, **Mağdur Hakları Yasa Tasarısı**, (Çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf>, 08.10.2018.

Onarıcı adalet uygulamalarının amacı, mağdur ile fail arasında bir uzlaşma sağlayarak, klasik cezalandırma yöntemleri ile ulaşılamayan bireysel ve toplumsal faydaların sağlanmasıdır⁶⁹.

Görüldüğü üzere cezalandırma, çok boyutlu bir kavramdır ve birden fazla amaç için gerçekleştirilebilmektedir. Cezalandırılan fiilin ve failin övülmesi ise cezalandırma ile ulaşılmak istenen bu amaçlar bakımından farklı açılardan olumsuz etkiler yaratmaktadır. Bu etkilerin ilki fail üzerinde meydana gelmektedir. Failin işlediği suçun ya da işlediği suç sebebiyle kendisinin övülmesi failde, gerçekleştirdiği ve suç teşkil eden fiilin haksız görülmediği, aksine fiili gerçekleştirmesinin doğru ve meşru olduğu yönünde bir algı oluşturmaya elverişlidir. Failin, işlediği suçun mahiyetini algılayıp yarattığı hukuka aykırı durumun bilincine vararak yeniden suç işlememe yönünde irade geliştirmesi sürecinde, failin bilincinin tam aksi yönde etkilenmesi bu sürece zarar verecektir. Gerçekleştirdiği fiilin tekrarlanmaması gereken hukuka aykırı bir fiil olduğu yönünde güçlü bir algıya sahip olamayan failin ise bu fiili tekrarlama ihtimali artacaktır. İslah süreci tamamlanmamış kişi, yeniden dahil olduğu toplum için ise tehlike arz etmeye devam edebilecektir. Dolayısıyla, işlenen suçun veya işlediği suç sebebiyle failin övülmesi, cezalandırma ile elde edilmek istenen özel önleme ve ıslah amaçlarının gerçekleşmesi bakımından olumsuz etki yaratabilecektir.

Övmenin cezalandırma üzerinde yarattığı ikinci etki topluma ilişkindir. İşlenen suçun veya işlediği suç sebebiyle bir kişinin övülmesi halinde, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin toplumun gözünde zayıflaması veya ortadan kalkması söz konusu olabilecektir. Fiilin meşru gösterilmesi, bu fiile karşılık olarak verilen cezanın adil olmadığı algısını da beraberinde getirecektir. Bu durumda toplumda bu fiillerin işlenmemesi yönünde oluşturulmaya çalışılan irade sarsılabilecek ve toplumun genel olarak suç işlemesinin engellenmesi amacına ulaşmada başarısız olunabilecektir. Bu bakımdan suçun veya işlediği suç sebebiyle bir kişinin övülmesi halinde, cezalandırma ile amaçlanan genel önleme etkisine ulaşılması zorlaşacaktır.

⁶⁹ Galma Jahic, Burcu Yeşildalı, **Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.17; A. Hakan Yavuz, “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”, **TAAD**, S:23, 2015, s.94.

Övmenin, cezalandırma ile ulaşılmak istenen amaçlar bağlamında yarattığı bir diğer etki ise suçun mağduru üzerinde kendini göstermektedir. İşlenen suç sebebiyle mağdur olan kişi, suçun ya da kendisine karşı suç işleyen kişinin övülmesi halinde toplum nezdinde uğradığı haksızlığın kabul görmediği ve hatta mağdur olmasının doğru bir şey olduğu yönünde bir düşüncenin mevcut olduğunu bilecektir. Mağdurun, yaşadığı mağduriyetin muhataplarınca anlaşılmayacağını düşünmesi ise oluşturulmaya çalışılan uzlaşma ortamı için olumsuz bir etki yaratabilecek, böylece toplumda oluşturulmak istenen barış ortamının sağlanması güçleşebilecektir.

Bu açıklamalar ışığında, suçun ve suçlunun övülmesinin cezalandırmayla ulaşılmak istenen amaçlar bağlamında hem fail hem mağdur hem de toplum üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmeye elverişli olduğu söylenebilir.

C. Değerlendirme

Suçun veya işlediği suç sebebiyle bir kişinin övülmesi, toplumda yer alan kişilerin suç işlememe yönünde irade oluşturmalarını zorlaştıran ve işlenen suçun meşru olduğu yönünde bir bilinç oluşmasına sebep olabilecek nitelikte bir fiil olup, bu itibarla dolaylı bir tahrik teşkil etmektedir. Övme fiilinin suç olarak düzenlenmesi ise toplumun suç işlemeye dolaylı da olsa yönlendirilmesinin engellenmesi amacını taşımaktadır. Suç işlenmesinin önlenmesi ise toplumdaki düzenin korunması için gerçekleştirilmesi gereken öncelikli unsurlardan biridir.

Diğer taraftan, övme fiili işlenmiş suçların cezalandırılması ile ulaşılmak istenen amaç bakımından olumsuz etki yaratabilmektedir. Cezalandırma ile hem ıslah edilerek failin yeniden suç işlememesi hem toplumun genel olarak suç işlememe yönünde irade oluşturma sağlanmak istemekte, böylece toplumda suç işlenmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Ayrıca fail ile mağdur arasında uzlaşma sağlanarak barışın tesisi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu bakımdan, işlenen suçları cezalandırmanın amaçlarının toplumdaki düzeni sağlamaya yönelik olduğu açıktır. İşlenen suçların övülmesi ise bu amaçlar bakımından olumsuz etki doğurabilmektedir. Suçun ve suçlunun övülmesinin suç olarak düzenlenmesi ile failin ıslah sürecinin olması gerektiği şekilde ilerlemesi ve toplumda yer alan bireylerin suç işlemeye

yönelmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca mağdur ve fail arasındaki uzlaşının sağlanmasıyla da toplumdaki huzurun tesisi istenilmektedir.

Hem bireylerin dolaylı olarak suç işlemeye tahrik edilmelerinin önlenmesi hem de genel ve özel önleme ile ıslahın gerçekleştirilmesi, bireylerin suç işlemediği, genel olarak hukuka uygun davrandıkları, bireylerin suç mağduru olmadıkları ya da bu ihtimal altında yaşamlarını sürdürmedikleri bir düzeni tesis etmek adına gerçekleştirilmektedir. Buradan hareketle suçu ve suçluyu övmenin suç olarak düzenlenmesi genel olarak suç işlenmesinin önüne geçilmesi içindir. Toplumun genel olarak suç işlenmesinin önüne geçilmesi ise kamu düzeni kavramıyla alakalıdır.

Kamu düzeninin sağlanabilmesi için, bunu oluşturan unsurlara yönelen ihlallerin sonlandırılması ve bunların etkilerinin ortadan kaldırılması gereklidir. Bununla birlikte toplumsal huzurun ve barışın devamlılığı için ayrıca yeni ihlallerin de önüne geçilmesi zorunludur. Bu bakımdan bu unsurları ihlal eden (işlenmiş) suçların cezalandırılmasının yanı sıra yeni bir ihlal doğurabilecek sebepleri yani suçun ortaya çıkma sebeplerini de engellemek gerekir⁷⁰. Gerek suçu ve suçluyu övme suçunda gerekse kamu barışına karşı işlenen diğer suçlarda, kamu düzenini bozacak nitelikte fiillerin gerçekleştirilmesi için bir teşvik veya tahrik etkisi yaratma, bir başlangıç aşaması olma özelliği bulunmaktadır. Bu fiillerin kamu düzeni bakımından genel anlamda yaratacakları etki dikkate alınarak, doğabilecek ihlallerin önlenmesi amacıyla bu fiiller topluma karşı suçların bir alt başlığı olan kamu barışına karşı suçlarda düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, kamu düzeni ile kamu barışı kavramları özdeştir. Her ne kadar 5237 s. Kanun ile suçun yer aldığı başlık kamu düzeni aleyhine suçlardan kamu barışına karşı suçlar olarak değişse de, suçu ve suçluyu övme suçu bakımından korunan hukuki değer kamusal düzeninden daha dar bir kapsamı olamayacağı görülmektedir. Bunun temel sebebi övülen, yani işlenmesi dolaylı olarak tahrik edilen suçlar bakımından kanunda herhangi bir sınırlamanın mevcut olmayışıdır⁷¹.

⁷⁰ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.98.

⁷¹ Alman Ceza Kanunu §140'ta düzenlenen ve TCK md.215'e tekabül eden *işlenen suçu mükafatlandırma veya onaylama suçunda*, mükafatlandırılan veya onaylanan suçlar; işlenmesi planlanan suçların ihbar edilmemesi, suç işleme tehdidinde bulunma, cinsel istismar ve cinsel saldırı

Dolayısıyla kişilere veya malvarlığına karşı suçlar övülebileceği gibi çevreye karşı suçlar, imar suçları, gürültü kirliliği suçu da övülebilir. Bu nedenle kamu düzenine dahil olan değerlerin herhangi birine yönelik ihlalin övülmesi suretiyle bu suç işlenebilmekte, bu değerlerin herhangi birinin ihlali için dolaylı bir tahrik oluşturulabilmektedir. Kamu düzenine dahil olan herhangi bir değere yönelebilecek bir ihlal söz konusu olabileceği için, korunan hukuki değer kamudan daha dar olması kabul edilemeyecektir.

Buna ek olarak 2013 yılında maddeye eklenerek suçun soyut tehlike suçundan somut tehlike suçuna dönüşmesini sağlayan kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin meydana gelmesi unsuru, somut anlamda kamu düzenine dahil olabilecek herhangi bir unsura yönelik tehlikenin bu suç bakımından ihlal kabul edileceğini göstermektedir. Korunan hukuki değer kamudan daha dar olan herhangi başka bir kavram olması söz konusu olsaydı, somut tehlikenin de bu değerle bağlantılı olarak daha dar bir alanda doğması gerekirdi.

Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, suçu ve suçluyu övme suçuyla korunan hukuki değer kamudan olduğu kabul edilmelidir.

suçlarıyla sınırlıdır (bkz. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, **Strafgesetzbuch Band 2**, 4. Auflage, Nomos, 2013, s.738). Suçu ve suçluyu övme suçu bakımından da bu şekilde bir sınırlandırma mevcut olsaydı yalnızca bu suçlarla korunan hukuki değerler üzerinden bir değerlendirme yapılması ve dolayısıyla kamu düzeninden daha dar olan bir hukuki değer korunduğu sonucuna varılması mümkün olurdu.

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇUNUN UNSURLARI

I. KANUNİ DÜZENLEME

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 215. maddesi suç ve suçluyu övme suçunu şu şekilde düzenlemiştir: *“İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*. 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklik ile maddeye *“bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde”* ibaresi eklenmiştir.

Suç ve suçluyu övme suçunu düzenleyen 215.maddenin nihai hali *“İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* şeklindedir.

II. TİPİKLİK

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fail

Suçun faili bir özellik göstermeyip herhangi bir kişi olabilir. Bununla birlikte suç ve suçluyu övme suçunun failinin övülen suçun faili olması da mümkündür¹.

¹ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6518; Önder, **Özel Hükümler**, s.400; kişinin kendisini övmesinin madde kapsamına gireceğine ilişkin açık bir düzenleme olmaması sebebiyle, failin kendisini övmesi halinde bu suçun değil, koşulları varsa suç işlemeye tahrik suçunun oluşacağına ilişkin aksi görüş için bkz.: Şahbaz, **a.g.e.**, s.2432.

2. Mağdur

Suç ile korunan hukuki değer kamu düzeni olduğu için bu suçun mağduru, soyut olarak toplumu oluşturan tüm bireylerdir.

3. Konu

a. Genel Olarak

Suçun konusuna ilişkin “*üzerinde suçun işlendiği insan veya şey*”, “*hareketin yöneldiği kişi ya da şey*”, “*eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı*” şeklinde tanımlanmalar mevcuttur. Bu doğrultuda suçun konusunun, tipe uygun hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şey olduğu kabul edilebilir².

Kamu barışına karşı işlenen diğer suçlarda da olduğu gibi, suçu ve suçluyu övme suçu ile toplumu oluşturan bireylere karşı suç işlenmesi ihtimali söz konusu olmaktadır. Bireylerin günlük yaşamlarında düzgün işleyen, suç işlenmeyen, suç mağduru olma ihtimali olmayan bir sistemde bulunmaları somut anlamda kamu düzenini ifade etmektedir. Suçun ve suçlunun övülmesi ile yaratılan dolaylı tahrik etkisinin doğurduğu tehlike bu somut düzen üzerinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple suçun maddi konusu somut anlamda kamu düzenidir³.

Suç ve suçluyu övme suçunun işlenmesiyle suçun konusu zarar görmemekte ancak bunların zarar görme ihtimalleri doğmaktadır. Bir diğer ifadeyle, suçu ve suçluyu övme suçu sebebiyle suçun konusu tehlike ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu sebeple suçu ve suçluyu övme suçu bir tehlike suçu teşkil etmektedir. Ancak tehlike suçlarının suç tasnifi içindeki yeri tehlikenin hukuki niteliğine ilişkin kabule göre değişmekte olup, buna bağlı olarak farkı sonuçlar doğurmaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre, somut tehlike bir neticedir. Hareket sonucu bir zarar doğması halinde gözlemlenebilir bir netice, hareket sonucu bir zarar tehlikesi doğması

² Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.118.

³ Benzer yönde Alman hukukçu Graul’un görüşü için bkz. Ünver, **Korunan Hukuksal Değer**, s.126.

halinde ise gözlemlenemeyen bir netice söz konusu olmaktadır⁴. Bu görüşteki yazarların bir kısmı, zarar ve zarar tehlikesini netice olarak kabul etmekle birlikte suçların neticeye göre tasnifinde, suçun konusunun hareketten etkilenişine göre suçları zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayırmaktadır⁵. Diğer yazarlara göre ise, suçların neticeye göre tasnifinde, korunan hukuki değerin hareketten etkilenişine göre suçların zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılması gerekmektedir⁶.

Tehlikeyi netice kabul etmeyen yazarlar ise zarar ve tehlike suçları ayrımını yalnızca suçun konusunun hareketten etkilenişi bağlamında ele almaktadırlar⁷.

Bu çalışma kapsamında incelenecek olan tehlike suçları bakımından, her suçun neticeli suç olmadığı ve tehlikenin de bir netice teşkil etmediği kabul edilerek suçlar, suçun konusunun hareketten etkilenişine göre zarar suçları ve tehlike suçları olarak tasnif edilecektir.

b. Suçun Konusunun Suçtan Etkilenişine Göre Tehlike ve Zarar Suçları

Gerçekleştirilen fiilin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği etkinin derecesine göre suçlar tehlike suçu ve zarar suçu olarak ikiye ayrılmaktadır⁸.

Zarar suçları, fiilin işlenmesi ile suçun konusunun zarara uğradığı suçlardır. Buradaki zarar parasal bir ölçüme tabi tutulmamaktadır. Zarar suçu genellikle neticeli

⁴ Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.227; Centel, Zafer, Çakmut, **Genel Hükümler**, s. 253; Zafer, **Genel Hükümler**, s.193; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.310; Muharrem Özen, **Genel Tehlike Yaratan Suçlar**, Ankara, USA Yayıncılık, 2010, s.11; Fatih Birtek, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.150, Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.183.

⁵ Zafer, **Genel Hükümler**, s.194; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.227; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.218; Birtek, **a.g.e.**, s.150; Hakeri, **a.g.e.**, 183.

⁶ Centel, Zafer, Çakmut, **Ceza Hukukuna Giriş**, s.255; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 24. Baskı, 2018, s.143 (Anılış: Genel Kısım).

⁷ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.119; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.214; Artuk v.d., **Genel Hükümler**, s.311.

⁸ Özgenç, **Genel Hükümler**, s.214; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.119.

suçlar bakımından söz konusu olmaktadır⁹. Örneğin TCK md.86’da düzenlenen kasten yaralama suçunun konusu mağdurun bedenidir ve gerçekleştirilen fiil ile mağdurun vücudunda meydana getirilen acı, mağdurun sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulması birer zarar neticesidir. Ancak istisnaen sırf hareket suçu olan zarar suçları da mevcuttur. Örneğin hırsızlık suçunda, suçun gerçekleştirilmesi ile birlikte malvarlığı bakımından bir zarar oluşmasının yanı sıra bu suçlar sırf hareket suçlarıdır.

Tehlike suçlarında ise, gerçekleştirilen fiil ile suçun konusunun zarara uğraması tehlikesi söz konusu olmaktadır. Tehlike suçlarında, suçun konusunun objektif olarak zarara uğraması tehlikesinin doğması yeterli olup böyle bir zararın gerçekten meydana gelmesi şart olarak aranmamaktadır¹⁰.

(1) Tehlike Suçlarının Genel Özellikleri

(a) Soyut ve Somut Tehlike Suçları

Tehlike suçları soyut tehlike suçu ve somut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanunda gösterilen fiilin gerçekleştirilmesi ile suçun konusu üzerinde bir tehlikenin meydana geldiğinin kabul edildiği suçlara soyut tehlike suçları denilmektedir. Kanun koyucu, kanunda gösterilen fiilin gerçekleştirilmesinin, suçun konusu üzerinde tehlike yaratabileceğini kabul etmiştir. Bu sebeple hakimın ayrıca suçun konusu üzerinde bir tehlike meydana gelip gelmediğini araştırması gerekmeyecektir¹¹. Bu sebeple soyut tehlike suçları genel olarak sırf hareket suçları olarak kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle yalnızca icrai veya ihmali hareketin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmaktadır¹². Suçu ve suçluyu övme suçunun 5237 s.

⁹ Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.227; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.214; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.218; Centel, Zafer, Çakmut, **Ceza Hukukuna Giriş**, s.257; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.120.

¹⁰ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.120; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.227.

¹¹ Artuk, v.d., **Genel Hükümler**, s.311; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.228; Zafer, **Genel Hükümler**, s.197; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.121; Centel, Zafer, Çakmut, **Ceza Hukukuna Giriş**, s.257; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.218; Hakeri, **a.g.e.**, s.184; Yargıtay CGK, E.2016/12-748, K.2016/405, T.08.11.2016 “...Soyut tehlike suçlarında, tecrübe kurallarına istinaden, belirli bir davranışın beraberinde bir tehlikeyi getirdiği varsayılır. Bu bakımdan, tipik davranışın varlığı tespit edildikten sonra, hâkimin, böyle bir tehlikenin somut olayda gerçekten doğup doğmadığını tespit etmesi gerekmez.” (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

¹² Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.228; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.219.

Kanun’da düzenlendiği ilk hali bir soyut tehlike suçu teşkil etmekteydi. Yalnızca ‘övme’ fiilinin gerçekleştirilmesi ile suçun meydana geleceği kabul edilmiş, suçun konusu olan somut anlamda kamu düzeni üzerinde bir tehlikenin gerçekten meydana gelip gelmediğine ilişkin ayrıca bir araştırma yapılması aranmamıştı. Bu sebeple, övme fiilinin gerçekleştirilmesi ile somut anlamda kamu düzeninin varsayımsal olarak tehlikeye uğradığı kabul edilmişti¹³.

Somut tehlike suçlarında ise, gerçekleştirilen tipik fiil ile suçun konusu bakımından gerçek bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir. Failin cezalandırılabilmesi için yargılama sırasında hakimın somut tehlikenin varlığını araştırması zorunludur¹⁴. Suçu ve suçluyu övme suçu 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişikliğe uğramış, madde metnine “*bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde*” ibaresi eklenmiş; böylece kamu düzeni üzerinde somut bir tehlikenin meydana gelmesi aranmıştır. Değişiklikle birlikte artık övme fiilinin suçun konusu üzerinde doğrudan bir tehlike yarattığı kabulü ortadan kaldırılmış, böyle bir tehlikenin gerçekte doğup doğmadığına ilişkin ayrı bir araştırma yapılması gerekliliği hüküm altına alınmıştır¹⁵. Kabul edildiği ilk haliyle bir soyut tehlike suçu teşkil eden suçu ve suçluyu övme suçu, kanun değişikliği sonrası somut tehlike suçu niteliğini haiz olmuştur.

Somut tehlike suçları bakımından tehlikenin suçun bir unsurunu teşkil edip etmediği öğretide tartışmalıdır. Tehlikeyi netice olarak kabul eden görüşe göre somut

¹³ Benzer şekilde kamu barışına karşı işlenen diğer bir suç olan ve md.213’te düzenlenen halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunun konusu toplumun iç huzuru olup, gerçekleştirilen tehdit fiili ile toplumun iç huzurunun bozulduğu varsayımsal olarak kabul edilmektedir. Düzenlemelerde fiilin işlenmesi ile faile ceza verileceği düzenlendiğinden, toplumun iç huzurunun bozulup bozulmadığının ayrıca araştırılması gerekmemektedir.

¹⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **Ceza Hukukuna Giriş**, s.257; Toroslu, **Genel Kısım**, s.145, Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.228; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.121; Zafer, **Genel Hükümler**, s.195; Vesile Sonay Daragenli, “Tehlike Suçları”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1998, s.20.

¹⁵ Benzer bir örnek TCK md.179/1’de düzenlenen trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçudur. Suçun konusu trafik güvenliği olup, gerçekleştirilen fiil ile ancak başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlike meydana gelmesi halinde fail cezalandırılacağı için hakimın böyle bir tehlike meydana gelip gelmediğini ayrıca araştırması gerekmektedir.

tehlike tipikliğın bir parçasıdır¹⁶. Diğer görüşe göre ise somut tehlike tipikliğın bir unsuru olmayıp, cezalandırılabilirliğin diğer şartlarından biri olan objektif cezalandırılabilme şartıdır¹⁷.

Bu ayırım iki önemli hususta farklı sonuçlar doğurmaktadır. İlk olarak, somut tehlikenin bir netice ve dolayısıyla tipikliğın bir unsuru olduğunu kabul eden görüş benimsenirse, failin somut tehlikeden sorumlu olabilmesi için kastının somut tehlikeyi de kapsaması gerekecektir¹⁸. Bu durumda failin somut tehlikenin meydana geleceğini bilmemesi halinde, manevi unsur eksikliği sebebiyle suç oluşmayacaktır. Somut tehlikeyi netice ve dolayısıyla tipikliğın bir unsuru kabul etmeyip bir objektif cezalandırılabilme şartı kabul eden görüş benimsenirse, kastın tipikliğın dışındaki unsurları kapsaması gerekmediği için, fail somut tehlikenin meydana geleceğini bilmesede dahi suç oluşacaktır.

İkinci olarak, somut tehlikeyi netice olarak kabul eden görüş benimsenirse, tipik fiilin gerçekleştirilmesine rağmen somut tehlikenin meydana gelmemesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Somut tehlikeyi tipikliğın bir unsuru kabul etmeyip objektif cezalandırılabilme şartı kabul eden görüş benimsendiği takdirde, tipik fiilin gerçekleştirilmesine rağmen somut tehlikenin meydana gelmemesi halinde, tipik fiilin gerçekleştirilmesiyle suç oluşacak ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği için faile ceza verilemeyecektir¹⁹.

(b) Tehlikenin Belirlenmesi

Soyut tehlike suçlarında tehlikenin mevcudiyeti varsayımsaldır. Bu sebeple tehlikenin belirlenmesine ilişkin bir sorun bulunmamaktadır. Somut tehlike suçlarında

¹⁶ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 218; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.227; Centel, Zafer, Çakmut, **Ceza Hukukuna Giriş**, s.257.

¹⁷ Özgenç, **Genel Hükümler**, s.216; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.121; Artuk v.d., **Genel Hükümler**, s.311; Zeynel Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, **İÜHFM**, C:68, S:1-2, 2010, s.162; Alaaddin Egemenoglu, **Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.30.

¹⁸ Zafer, **Genel Hükümler**, s.195.

¹⁹ Özgenç, **Genel Hükümler**, s.216; Artuk v.d., **Genel Hükümler**, s.310-311; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.374; Önder, **Genel Hükümler**, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 1992, s.54 (Anılış: Genel Hükümler).

ise hakim, bir tehlikenin gerçekten meydana gelip gelmediğini araştırmakla yükümlüdür. Ancak tehlikenin meydana geldiğinin nasıl tespit edileceğine ilişkin üzerinde fikir birliği bulunan bir yöntem bulunmamaktadır.

Öğretide *Toroslu*'ya göre, tehlikenin tespitinde ortak tecrübe esas alınmalı ve ortak tecrübeye göre tehlikeli kabul edilebilecek durumlarda tehlikenin meydana geldiği kabul edilmelidir²⁰. *Centel/Zafer/Çakmut*'a göre, tehlike somut ve objektif olmalıdır. Yani belirli koşulların varlığı tehlikeyi gerçekleştiriyorsa, tehlikenin objektif olarak gerçekleşme ihtimali vardır. Bu ihtimal de zararın yakın bir ihtimalle meydana gelmesini haklı gösteren bir durumdur. Her ne kadar tehlikenin meydana gelip gelmediği sonradan belirlense de fiilin objektif olarak tehlike meydana getirme ihtimali esasen fiilin yapıldığı andaki koşullara göre değerlendirilmelidir²¹.

4. Fiil

a. Övme Kavramı

Övmenin sözlük anlamı, “*birinin veya bir şeyin iyiliklerini, üstünlüklerini söyleyerek değerini yüceltme, methetme, sena etmedir*”²².

²⁰ Toroslu, **Genel Kısım**, s.145.

²¹ Centel, Zafer, Çakmut, **Ceza Hukukuna Giriş**, s.256; Alman öğretisinde ve uygulamasında tehlikenin tespiti için çeşitli objektif kriterler belirlenmeye çalışılsa da bir fikir birliğine ulaşılamamıştır. Bu hususta *Horn*'a göre, bilimsel yollarla açıklanabilecek tüm ihtimaller dahilinde suçun konusuna zarar verme ihtimali bulunan her durumda tehlikenin gerçekleştiği; suçun konusunun zarara uğrama tehlikesi bilimsel olarak açıklanamıyorsa, tehlikenin gerçekleşmediği kabul edilmelidir. *Schünemann*'a göre, tesadüfi olarak ortaya çıkmayan zarar ihtimali tehlike olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla tesadüfi olan, beklenmeyen ihtimallerin gerçekleşmesi halinde tehlikenin gerçekleştiği kabul edilmeyecektir (bkz.: Zafer, **Genel Hükümler**, s.195-196). Ancak burada belirlenen yöntem esas olarak meydana gelen ihtimal ile gerçekleştirilen fiil arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme teşkil etmektedir. Bu nedensellik bağı da bilimsel olarak öngörülebilir ya da beklenilebilir olma üzerinden açıklanmıştır. Somut tehlike suçlarında tehlike ile fiil arasında nedensellik bağı arandığında göre, nedensellik bağını kesen durumlarda ya da objektif isnadiyeti engelleyen hallerde, tehlikenin ortaya çıkmadığı ya da çıksa bile bunun failin fiilinden kaynaklanmadığı ve dolayısıyla failin sorumluluğunun tehlikenin gerçekleşmediği üzerinden belirleneceği kabul edilmelidir.

²² Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (Çevrimiçi),

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b14e3b330db99.00928501, 30.04.2018.

Öğretide övme “Kanunun suç olarak öngördüğü bir fiilin lehine müspet bir değerlendirmenin açıklanması”²³, “bir fiilin yüksekliğini, doğruluğunu ve fiili yaratan kişinin de kutlanacak bir kişi olduğunun belirtilmesi”²⁴; “reddedilen, beğenilmeyen bir fiili, doğrudan doğruya ve esaslı itibariyle methetme düşüncesinin tezahürü”; “bir suç hakkında doğrulayıcı, yüceltici nitelikteki düşünceler, jestler”²⁵; “kanunun suç olarak öngördüğü bir davranışa yönelmiş olumlu bir hükmün açıklanması”²⁶; “başkalarını o cürmü işlemeğe teşvik edici veya o cürmün işlenmesine mani olan manevi engelleri kaldırıcı mahiyetteki sözler”²⁷; “cürüm olan fiilleri iyi ve makbul olarak tanıtmak”²⁸; “suç işleyenin işlediği suç sebebiyle ahlaki ve manevi bakımdan onun arkasında olunduğunun bildirilmesi”²⁹ “işlenmiş olan bir eylemin doğruluğu, meşruluğu ve haklılığı konusunda kişilerde bilinç yaratma, suçun işlenmesinin o kadar da kötü bir şey olmadığına vurgulanması”³⁰; “bir şeyin doğruluğunun kabul edilmesi”³¹; “suç olarak tarif edilen fiile ve faile karşı insanlardaki nefret ve tasvip etmeme duygusunu ortadan kaldırmaya yönelik hareket”³² şeklinde tanımlanmıştır. Bu doğrultuda övme, işlenen hukuka aykırı fiilin meşru görüldüğünü ve işlenmesinin desteklendiğini gösteren her türlü olumlu, yüceltici ve tasvip edici ifade olarak tanımlanabilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, övme esasen dolaylı bir tahrik niteliğini haizdir. Bu sebeple suçun veya suçlunun övülmesinin, muhataplarda övülen suçun işlenmesi yönünde harekete geçirici bir etkiyi oluşturmaya elverişli olması gerekir. Fiilin övülen suçun işlenmesinin meşru olduğunun düşünülmesini, bu yöndeki fikirlerin güçlenmesini yahut suçun işlenmemesi yönündeki algının zayıflamasını sağlamaya elverişli olması halinde, övmenin gerçekleştiği kabul edilecektir³³. Bu etkiyi yaratma

²³ Özek, **a.g.e.**, s.451.

²⁴ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.207.

²⁵ Cihan, **a.g.e.**, s.117.

²⁶ İsmail Malkoç, **Türk Ceza Kanunu – Üçüncü Cilt**, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2013, s.3574.

²⁷ Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.230; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s.259 (Anılış: Özel Kısım).

²⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s.531.

²⁹ Malkoç, **a.g.e.**, s.3574.

³⁰ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6513.

³¹ Şahbaz, **a.g.e.**, s.2431.

³² Soyaslan, **a.g.e.**, s.530.

³³ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.218.

kabiliyeti bulunmayan ifadelerin, örneğin bir suçlunun yalnızca beğenildiğinin ifade edilmesi, övme suçu bakımından elverişli bir fiil olarak kabul edilemeyecektir³⁴. Bunun gibi övülen suçun mağdurunun kötülenmesi, övülen suçun failinin mağdura karşı suç işlemesine sebep olan şartlar hakkında basit bir şekilde olumlu yorum yapılması veya suç teşkil eden fiil hakkında bilimsel bir fikir ileri sürülmesi, bilgi verilmesi ya da ceza politikası açısından fiile ilişkin af uygulanmasının talep edilmesi de övme kavramı kapsamında değerlendirilemeyecektir³⁵. Örneğin, mağdurun davranışlarının aşağılayıcı olduğu ve failin haksız tahrik altında fiili gerçekleştirdiğini, failin cezasının azaltılması gerektiğinin ifade edilmesi övme suçu bakımından elverişli bir fiil teşkil etmemektedir. Benzer şekilde, yapılan yargılama sonunda, meşru savunmanın sınırını kasten aşması sebebiyle fail hakkında kasten yaralama suçundan hüküm verilmesine ilişkin olarak, fiilin meşru savunma sınırları içinde kaldığının ve dolayısıyla suçun oluşmadığının ifade edilmesi ceza hukuku alanında yapılan bilimsel bir yorumdur. Bu yorumun işlenen suçun haklı görülmesi ve aynı fiilin diğer kişilerce işlenmesi için tahrik niteliğinde olduğu söylenemeyeceğinden, suçu ve suçluyu övme suçu oluşmayacaktır.

b. Övme Fiilinin Görünüm Şekilleri

Övme fiili birçok farklı şekilde gerçekleştirilebilir. Örneğin suç teşkil eden fiilin güçlü bir şekilde desteklenmesi ve şerefli bir tutum olduğunun ifade edilmesi³⁶; övülen suçun herkes için alınması gereken bir ders niteliğinde olduğunun ve madalyayı

³⁴ Yargıtay 8. CD, E.2013/1567, K.2013/5627, T.15.02.2013 “Somut olayda, sanıkların infaz hakimliği önündeki savunmalarında; şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadelerin kullanılmadıkları, işlenen bir suçu yahut işlediği suç sebebiyle kişiyi övücü nitelikte bulunmayan, başka bir hükümlü hakkında “sayın” denilerek onun infaz koşulları ile ilgili kendi değer yargılarını içeren düşüncelerini açıklayan sanıkların eyleminde ... yüklenen suçun yasal unsurları oluşmadığı gözetilmeden...”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018; Daragenli, **a.g.e.**, s.70.

³⁵ Toroslu, **Özel Kısım**, s.260; Özek, **a.g.e.**, s.452; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.218; Cihan, **a.g.e.**, s.119; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2430; Yargıtay 8. CD, E.2009/13825, K.2012/23385, T.04.07.2012 “Somut olayda, sanık tarafından okunan bildiride Ülkede meydana gelen terör olaylarının sonlanması için doğru görülen öneriler açıklanmış ve bazı yargılamalara ilişkin çözümler açıklanmıştır. Şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadelerin kullanılmadığı, işlenen bir suçu yahut işlediği suç nedeniyle kişiyi övücü nitelikte bulunmayan, düşüncelerini açıklayan sanığın eyleminde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90/5. maddesi uyarınca uygulanması gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları da gözetildiğinde yüklenen suçun yasal unsurları oluşmadığından...”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018

³⁶ Özek, **a.g.e.**, s.451.

hak ettiğinin belirtilmesi³⁷ övme teşkil edebilecek ifadelerdir. Övme doğrudan doğruya veya örtülü şekilde yapılabilir. Fiilin veya failin haklılığının doğrudan ifade edilmesi ile doğrudan, mevcut bir övgüye destek veya taraftar olunarak örtülü şekilde de övme gerçekleştirilebilir³⁸. Örneğin işlenen cinsel istismar suçu bakımından istismar eden kişinin cezalandırılmasının doğru olmadığını, yapılanın doğru olduğunu ifade eden kişi doğrudan övme gerçekleştirirken; övme filini gerçekleştiren bu kişinin doğruları söylediği ve desteklenmesi gerektiğinin beyan edilmesi suretiyle dolaylı olarak övme gerçekleştirilmektedir. Övme sözlü olarak ifade edilebileceği gibi, resimle, yazılı veya sembolik vücut hareketleriyle de dışa vurulabilir³⁹. Örneğin kasten öldürme suçunu işlemiş bir kişiyi metheden, onun yolundan yürünmesi gerektiğini ifade eden bir şarkının yazılması yoluyla övmenin gerçekleştirilmesi mümkündür.

Bunlar sıklıkla karşılaşılabilen ve hukuki tanımlamaları görece daha kolay yapılabilen örneklerdir. Ancak teknolojinin gelişmesiyle birlikte insan davranışlarının kendini gösterdiği alanlar da değişmiş, kişilerin düşüncelerini ifade ettikleri platformlar yeni ifade biçimleri oluşturulmasına vesile olmuştur⁴⁰. Bugün birçok kişi tarafından kullanılan sosyal medya platformları, kullanım özellikleri ile kullanıcılarına kendilerini yalnızca bu sosyal medyaya özgü şekilde ifade edebilme olanağı sunmaktadır. Bu platformlarda yer alan kullanıcı araçları, suçun ve suçlunun övülmesi bakımından yukarıdaki örnekler kadar kolay sınıflandırılmamaktadır. Övme fiilinin kapsamının her yönüyle ortaya koyulabilmesi için, günümüzde kişilerin kendilerini en sık şekilde ifade ettikleri alanlardan biri olan sosyal medya platformlarında kullanılan bu araçların hukuki niteliklerinin ele alınması gerekmektedir.

Kişilerin, yazı, ses, resim, video gibi çeşitli şekillerde hazırladıkları içerikler birer düşünce ürünü olup bunların sosyal medya platformlarında ortaya koyulması, bir düşünce açıklaması bir başka deyişle ifade teşkil etmektedir. Bu ifadelerin sosyal

³⁷ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.221; Malkoç, **a.g.e.**, s.3574.

³⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6515; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.220; Cihan, **a.g.e.**, s.120.

³⁹ Toroslu, **Özel Kısım**, s.260; Özek, **a.g.e.**, s.453; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.230; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.220; Cihan, **a.g.e.**, s.120; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.143; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6513; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6515; Gerçeker, **Türk Ceza Kanunu – Cilt: 2**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.2004; Parlar, **a.g.e.**, s.1147.

⁴⁰ Selman Dursun, “İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C:23, S:1-2, 2011, s.252.

medyada yer alıyor olması cezai sorumluluk bakımından bir değişiklik yaratmamaktadır. Örneğin kişinin bir başkasına sokakta hakaret etmesi ile bir sosyal medya platformunda bu kişiye yönelik hakaret teşkil edecek bir yazı yazması arasında, ifade bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak kişinin kendisinin bir içerik üretmeyip başkalarının içerikleri ile iletişim kurması halinde, bu iletişim şekillerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi kişinin kendisinin ürettiği içeriğe nazaran daha zordur. Kişinin başkalarının oluşturduğu içeriklerle kurduğu etkileşimin hukuki mahiyetini tespit edebilmek için belirli sosyal medya platformlarında yer alan araçların irdelenmesi faydalı olacaktır.

Facebook, Twitter ve Instagram milyonlarca kullanıcısı olan sosyal medya platformlarından birkaçını oluşturmaktadır. Bu platformlarda yer alan “beğenme” (“like”), “retweet” ve “paylaşma” (“share”), kullanıcıların bu platformlarda yer alan içeriklerle etkileşimde bulunmalarını sağlayan araçlardandır. Örneğin bir Facebook kullanıcısı, başka bir kullanıcının gönderisini ya da bir Facebook sayfasını beğenme tuşuna tıklayarak beğenebilir ya da bu bir gönderiyi kendi sayfasında yayımlamak üzere paylaşabilir. Benzer şekilde Twitter kullanıcısı bir kişi, takip ettiği kullanıcıların hazırladıkları içerikleri (“tweetleri”) beğenme tuşuna basarak beğenebilir ya da retweet tuşuna basarak kendi hesabında paylaşabilir.

Bu bakımdan üzerinde durulması gereken husus, sosyal medyada yer alan ve başkası tarafından oluşturulmuş bir içeriğın esasen suç teşkil etmesi halinde, bu içeriğın beğenme tuşuna basılarak beğenilmesinin ya da paylaşım veya retweet tuşlarına basılarak bağlantıda olunan kişilerin bunları görmelerinin sağlanması, suç teşkil eden içeriğın benimsendiği, doğru bulunduğu ya da övüldüğü anlamına gelip gelmediğidir. Bunun tespit edilebilmesi için öncelikle beğenme, retweet ve paylaşma gibi araçların birer ifade biçimi olup olmadığı ortaya koyulmalıdır.

Facebook, “beğenmeyi” bir gönderiye yorum yapılmaksızın bu gönderinin beğenildiğinin bildirilmesinin bir yolu olarak tanımlamaktadır. Bir gönderinin beğenilmesi ile bu gönderinin sahibi, bu gönderiyi görüntülemeye izni olan kişiler ve arkadaş listesinde yer alan kişiler, beğenme tuşuna tıklayan kişinin bu gönderiyi

beğendiğini görebilmektedir⁴¹. Twitter “beğenme” tuşuna basılması halinde, kalp simgesinin kırmızıya dönüşmesiyle birlikte ilgili tweetin beğenildiğinin ve onaylandığını açıklandığını belirtmektedir. “Retweet” ise başkası tarafından oluşturulan bir tweetin herkese açık olarak paylaşılmasıdır. Twitter’a göre retweet, haberleri ve ilginç keşifleri iletmenin bir yöntemidir⁴².

Bu platformlarda yer alan bir içeriğin beğenilmesi halinde, diğer kullanıcılar içeriğin bu kişi tarafından beğenildiğine dair bir ibareyi de görebilmektedirler. Böylece içeriğin beğenen kişinin hoşuna gittiği bunu görüntüleyenlerce tespit edilecektir. Dolayısıyla kişi beğenme tuşuna bastığında, kendisinin o içeriği beğendiğine dair durumun diğer kişilere bildirileceğini bilmektedir. Bu dışavurumu güçlendirmek için Facebook gibi sosyal medya platformları, beğenme tuşu dışında da duygusal durumu aktarmaya yarayan araçlar geliştirmişlerdir. Örneğin Facebook’ta yer alan bir içeriğe sinirlenilmesi halinde kızgın yüz ifadesine, içeriğin üzücü bulunması halinde ağlayan yüz ifadesine tıklanarak o içeriğe ilişkin düşünceler daha ayrıntılı şekilde aktarılabilmektedir. Farklı ifadeler arasından özellikle beğenmeyi gösteren ifadeye tıklanması halinde, bunun yalnızca ilgili içeriğin kullanıcının hoşuna gittiği yönünde anlamlandırılması bakımından bir tereddüt bulunmamaktadır. Twitter açısından da hem yukarıda yapılan tanımlar hem de kullanıcıların içeriği beğenmesi halinde diğer kullanıcıların o kişinin içeriği beğendiğine ilişkin bir durum bildirimi görmeleri dikkate alındığında, benzer bir yorum yapmak mümkün olacaktır. Sonuç olarak sosyal medya platformlarında beğenme tuşunun kullanılmasıyla, beğenilen içeriğin hoşna gittiği, doğru bulunduğu ya da desteklendiği ortaya koyulmaktadır. Kişilerin, içerikte yer alan şeyi beğendiklerini veya doğru bulduklarını bu şekilde diğer kişilere bildirmeleri düşüncenin dışavurumu olup, bir ifade teşkil etmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri’nde görülen *B. Bland ve Diğerleri v. B. J. Roberts* davasında, şerifin ofisinde çalışan Bland ve arkadaşlarının, seçim sürecinde bağlı bulundukları şerifin rakibinin Facebook’taki kampanya sayfasını beğenmeleri üzerine

⁴¹ Facebook Yardım Merkezi, (Çevrimiçi), <https://www.facebook.com/help/452446998120360/>, E.T. 05.06.2018.

⁴² Twitter Yardım Merkezi, (Çevrimiçi), <https://help.twitter.com/tr/using-twitter/how-to-retweet>, E.T. 05.06.2018.

işten çıkarılmaları ele alınmış; 4. Federal Temyiz Dairesi, bu dava kapsamında Facebook'ta bir sayfanın beğenilmesinin ne anlama gelebileceğine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre beğenme tuşuna tıklanması basit olarak bu içeriğin beğenildiğinin duyurulmasının bir yöntemidir. Bir adayın seçim kampanyası sayfasının beğenilmesi de bu adayın onaylandığı anlamına gelmektedir. Böyle bir ilan bakımından bir tuşa basılması ile bu beğeniye ifade edecek bir yazı yazılması arasında, anayasal koruma sağlanması bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bu bakımdan Facebook'ta yapılan beğeni bir ifade şeklidir⁴³. Güncelliğini koruyan bu karara göre kişilerin sosyal medya platformlarında yer alan bir içeriğe ilişkin olarak beğenme tuşunu kullanıp düşüncelerini ortaya koymaları bir ifade türü teşkil etmektedir.

Bununla birlikte başka kişilerce oluşturulmuş içeriklerin Facebook'ta paylaşılması ya da Twitter'da retweetlenmesi ise beğenme aracının kullanılmasından farklılık göstermektedir. Facebook'ta yer alan bir gönderinin arkadaş listesiyle paylaşılması ya da Twitter'da yer alan bir tweetin retweetlenmesiyle takipçilerin görmesinin sağlanması, esasen içeriğin diğer kişilere aktarılmasından ibarettir. Twitter'da bir başka kullanıcının tweetinin doğrudan retweet edilmesi veya tweetin alıntılanması mümkündür. Tweetin alıntılanması halinde kullanıcı, bu tweete ilişkin bir yorum yapma imkanına sahip olmaktadır. Bu yorumuyla birlikte artık oluşturulan metin alıntı yapan kişinin kendi düşüncesini yansıtmaya imkanına sahip olmaktadır.

Paylaşımın içeriğe ilişkin herhangi bir fikir belirtilmeden yani doğrudan retweet yapılması halinde, kişinin içeriğe ilişkin düşünceleri paylaşımında yer almayacaktır. Buna örnek olarak gazete haberlerinin doğrudan retweetlenmesi gösterilebilir⁴⁴.

Paylaşımın içeriğe ilişkin yorum eklenerek yani alıntılama şeklinde yapılması halinde ise yapılan yoruma göre değerlendirmede bulunulmalıdır. Örneğin kişinin

⁴³ Bobby Bland, Daniel Ray Carter JR, David W. Dixon, Robert W. McCoy, John C. Sandhoffer, Debra H. Woodward v. B. J. Roberts, No.12-1671 (4th Cir. 2013), (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/12-1671/12-1671-2013-09-23.html>, E.T.06.06.2018, s.40.

⁴⁴ Osman Can, "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?", **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s.366.

yalnızca “...” veya “!” işaretlerini eklemek suretiyle tweeti alıntılıyıp diğer kişilerle paylaşması halinde, bu işaretlerin içeriğe dair nasıl bir düşüncüyü ifade ettiğini tespit etmek oldukça zor olacaktır. Bir doğru bulma ya da meşru görme anlamı taşıdığı anlaşılamayan bu fiilleri övme kavramı içinde değerlendirmek de mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte alıntılama yapılan yorum içeriğe ilişkin düşünceleri yansıtıyorsa bunun övme kavramıyla bağlantılı bir ifade kabul edileceği şüphesizdir. Örneğin, bir gazeteye ait Twitter hesabından paylaşılan ve töre saikiyle çocuğun öldürülmesi olayı için yapılan yargılama sonunda verilen hükme ilişkin bilgilerin yer aldığı haberi “*Yapılması gerekeni yapan bu babanın töre için ödediği bedel şereftir.*” yorumuyla birlikte paylaşılması halinde, artık yalnızca haberin paylaşıldığından söz edilemeyecektir. Bu yorumun da eklenerek haberin paylaşılması ile kişi işlenen bu suça ilişkin düşüncesini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla alıntılama şeklindeki bu retweet töre saikiyle öldürme suçunu işleyen kişinin övülmesi anlamına gelecektir⁴⁵.

Ancak alıntılama şeklinde yapılan retweetlemelerde yer alan yorumlar, kişinin içeriğe ilişkin nasıl bir düşünceye sahip olduğunu her zaman çok açık bir biçimde ortaya koymayabilir. Örneğin kişinin suç teşkil eden mevcut içeriği “*alkış*” simgesi eklemek suretiyle diğer kişiler ile paylaşması durumunda, genel olarak olumlu bir anlama gelen alkışın suça destek verildiğini ifade ettiği söylenebileceği gibi, bu simgenin bir iğneleme yöntemi olarak kullanılan yavaş alkışı temsil ettiği ve dolayısıyla içeriğin esasen doğru bulunmadığı da ileri sürülebilecektir.

⁴⁵ 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*’un 4.maddesinin ikinci fıkrası içerik sağlayıcının bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu olmadığını; ancak bağlantı kurulan içeriğin benimsendiği ve bu içeriğin diğer kişilere de aktarılmasının amaçladığının açıkça anlaşılması halinde genel hükümler bağlamında sorumluluğun doğacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme, suç teşkil eden bir içeriğin, benimsendiği açıkça ortaya koyularak başkalarına aktarılmasının içeriğin teşkil ettiği suç bakımından uygulanacak iştirak hükümlerine bir gönderme niteliğindedir (Muharrem Özen, İhsan Baştürk, **Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.273). Örneğin “*Evden kaçan tüm çocuklar öldürülmeli, onların hak ettikleri ceza budur.*” şeklinde bir tweet atan kişinin bu tweeti retweetlenirken alıntı yapıp, bu düşüncenin doğru olduğu, benimsendiği söylenerek bu içeriğin alenileştirilmesine katkıda bulunulması halinde tweet içeriğinin bizzatı suç işlemeye tahrik suçunu teşkil etmesi sebebiyle, tweeti paylaşan kişi iştirak hükümlerine göre sorumlu olabilecektir. Ancak yukarıda verilen örnekte paylaşılan tweetin içeriği, bizzatı suç teşkil etmemekte, işlenmiş bir suça ilişkin haber niteliğindedir. Haberin içeriğinde işlenen bir suça ilişkin bilgi yer almakta, haberi alıntılıyarak retweet eden kişi, işlenen bu suçu överken haberi de paylaşmak durumunda kalmaktadır. Bu bakımdan diğer kişilere aktarılmak istene şey haber değil, failin kendi düşüncesidir. Bu durumda 5651 s. Kanun md.4/2 uygulama alanı bulmayacaktır.

Bu hususa ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen *U.S. v. Yassin* davasında, IŞİD'in propaganda hesaplarından yazılan ve görev yapmakta olan Amerikan askerlerinin kişisel bilgileri verilerek öldürülmeleri için hedef gösteren tweetleri (doğrudan) retweetleyen Yassin'in bu fiiline ilişkin olarak Federal Mahkeme, tweetlerin tek başına hangi amaçla reweetlendiğinin tespit edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte Yassin'in diğer tweetleri incelendiğinde kendisinin IŞİD'in terör eylemlerini desteklediği anlaşılmış, davaya konu retweetlerin de bu bağlamda Amerikan askerlerine yönelik “*gerçek bir tehdit*” (“*true threat*”) teşkil ettiği kabul edilmiştir⁴⁶.

Federal Mahkeme, bu davada retweetlerin tek başlarına bir düşünce açıklaması olarak kabul edilmeyeceğini kabul etmekle birlikte retweetlerin hangi bağlamda paylaşıldığını kullanıcının düşünce açıklamasında bulunduğu diğer tweetleri esas alarak tespit etmeye çalışmıştır⁴⁷. Bu yöntemin ne Türk ceza hukukunun genel ilkeleri ne de suçu ve suçluyu övme suçu bakımından kabul edilebilir yanı bulunmaktadır. Kullanıcının her bir tweeti, retweeti veya beğenisi ayrı bir fiil teşkil etmektedir. Bir fiilin tipik olup olmadığı başka fiillere bakılıp tespit edilemeyeceğinden, eğer fiilin tek başına tipik fiil olduğu ortaya koyulamıyorsa tipik fiilin gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Suçu ve suçluyu övme suçu bakımından da tipik fiilin oluşabilmesi için suçun veya suçlunun desteklendiği, doğru bulunduğu, haklı görüldüğü veya gerçekleştirilmesinin meşru olduğu gibi görüşlerin dış dünyaya aksettirilmesi gerekmektedir. Fiil tek başına bu görünüşü ortaya koyamıyorsa tipiklik gerçekleşmediğinden suç oluşmayacaktır. Bu sebeple Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımının Türk hukuku bakımından kabul edilmesi mümkün değildir.

Sonuç itibarıyla beğenme ile retweet arasındaki farka ilişkin olarak, beğenmenin kişinin ilgili içeriğe ilişkin olumlu düşüncelerini diğer kişilere aktarması anlamına geldiği; retweetin ise, doğrudan retweet yapılması halinde içeriğe ilişkin olumlu veya olumsuz bir düşünce açıklaması teşkil etmeyeceğinden övme kavramı kapsamında kabul edilemeyeceği, alıntılama şeklinde retweet yapılması halinde ise

⁴⁶ Taylor Spencer, “Twitter in the Age of Terrorism: Can a Retweet Constitute a True Threat?”, **First Amendment Law Review**, Vol:15, 2017, s.518.

⁴⁷ Spencer, **a.g.e**, s.518.

yapılan yorum değerlendirildiğinde, içeriğin makbul, meşru görüldüğünün anlaşılması halinde övme teşkil edebileceği sonucuna varılmaktadır.

Her ne kadar bu platformlarda gerçekleştirilen beğenme fiili içeriğe yönelik olumlu bir beyan teşkil etse de suçu ve suçluyu övme suçu bakımından tipik fiilin oluşabilmesi için övmenin, tahrik edici etkiyi oluşturabilmeye elverişli olması gerekmektedir. Beğeni tuşuna basılması ise, suç işleyen bir kişinin basit bir biçimde beğenildiğinin ifade edilmesi örneği ile oldukça benzerlik göstermekte olup, muhatabı beğenilen suçu işleme yönünde tahrik etmeye elverişli kabul edilemeyecektir. Bu sebeple, örneğin Twitter’da işlenen bir suça ilişkin tweetin beğenilmesi halinde suçu ve suçluyu övme suçu oluşmayacaktır.

c. Övme Fiiline İlişkin Özellikler

(1) Fiilin Şekli, Sayısı ve Devamlılığına İlişkin Özellikler

Suç ve suçluyu övme suçu icrai hareketle işlenir⁴⁸. Övme bir düşüncenin açıklanması şeklinde ortaya çıkmakta olup, Kanun bu dışavurumun gerçekleştirilmesini yasakladığından övme fiili icrai niteliktedir⁴⁹. Övme fiilinin ihmalî hareketle işlenebileceğine ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmadığı için ancak icrai hareketle işlenebilir⁵⁰.

Seçimlik hareketli suçtur. Suç teşkil eden fiilin ya da işlediği suç suçtan dolayı failin övülmesi şeklinde işlenebilir⁵¹.

Sırf hareket suçudur⁵². Suç teşkil eden fiilin veya işlediği suçtan dolayı failin alenen övüldüğü anda suç tamamlanır. Övme fiilinin muhatabı olan kişilerin övme

⁴⁸ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.221; Cihan, **a.g.e.**, s.125.

⁴⁹ Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.223.

⁵⁰ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.398; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.223; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.231.

⁵¹ Şahbaz, **a.g.e.**, s.2429; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6511; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6515; Parlar, **a.g.e.**, s.1147.

⁵² Cihan, **a.g.e.**, s.120; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.222; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.143; Özek, **a.g.e.**, s.452; Soyaslan, **a.g.e.**, s.529.

dolayısıyla gerçekleşen tahriki algılamaları gerekmez⁵³. Muhatapları suç işlemeye dolaylı şekilde tahrik edebilecek nitelikteki övmenin gerçekleştirilmesi ile suçun fiil unsuru gerçekleştirilmiş olup, muhatapların suç işlemeye tahrik olmamaları halinde somut bir tehlike oluşmayacaktır. Bu durumda övme suç teşkil edecek ancak fail cezalandırılmayacaktır.

(2) Aleniyet

Övmenin alenen gerçekleştirilmesi gerekir. Övme fiilinin toplumda dolaylı bir tahrik etkisi yaratıp tehlike doğurmasının ancak alenen gerçekleştirilmesi ile mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁵⁴.

Tipik fiilin gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için aleniyetin hangi durum ve koşullarda sağlandığının tespit edilmesi gereklidir. Fiilin alenen işlenip işlenmediğinin saptanması bakımından 765 s. TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde farklı kıstaslar öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, 765 s. TCK'nin askerleri kanuna karşı itaatsizliğe teşvik suçunu düzenleyen 153. maddesi⁵⁵, Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından geçerli olan genel bir aleniyet kıstasını düzenlemektedir ve bu ölçüt 153. madde ile sınırlı olmaksızın alenen işlenen tüm suçlar bakımından geçerli kabul edilmelidir⁵⁶. 765 s. TCK md.153'te, fiilin basın veya herhangi bir propaganda yöntemi aracılığı ile birden fazla kişinin huzurunda olmak üzere kamusal veya kamuya açık bir alanda, toplanılan yerin veya toplantıya katılanların sayısı ya da toplantının konusu ve amacı itibarıyla özel nitelikte sayılamayacak bir toplantı esnasında gerçekleştirilmesi halinde fiilin alenen işlenmiş olduğu kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay 153. maddede yer alan

⁵³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.538 (Anılış Özel Hükümler).

⁵⁴ Gözübüyük, **a.g.e.**, s.531; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.174.

⁵⁵ 765 s. TCK md.153/2 "Fiil, matbuat vasıtasile veya herhangi bir propaganda vasıtasile; umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibarı ile hususi mahiyeti haiz olmıyan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikında aleni olarak işlenmiş sayılır."

⁵⁶ Fahrettin Kıyak, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürümleri**, s.919 (Akt.: Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.175).

aleniyet tanımının yalnızca bu maddede işlenen suçlar bakımından geçerli olduğuna kanat getirmiştir⁵⁷.

Diğer bir görüşe göre fiilin, niteliği veya tahsis şekli gereği genel olan ya da tesadüfi şekilde genel bir yer haline gelen alanlarda işlenmesi halinde aleniyet gerçekleşmektedir. Bu genel alanlarda, birçok kişinin fiili öğrenmesi imkanı bulunmalı ve bu imkan, failin, fiilin öğrenilmemesi için bir tedbir almaması sebebiyle mevcut olmalıdır. Failin genel bir alanda gerçekleştirdiği fiilin başkaları tarafından öğrenilmemesi için tedbir almasına rağmen fiilin birçok kişi tarafından öğrenilmesi halinde ise aleniyetten söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁵⁸.

5237 s. TCK döneminde de güncelliğini koruyan bir görüşe göre ise aleniyet, fiilin, birden fazla kişinin fiili öğrenmesi imkanının bulunacağı şekilde gerçekleştirilmesi, yani fiilin yarattığı etkinin objektif olarak birden fazla kişinin bilgisine ulaşma imkanının bulunmasıdır. Bu sebeple fiilin gerçekleştirildiği yerin kamusal veya kamuya açık bir alan olması gerekmemektedir. Fiilin alenen işlendiğinin tespiti için, gerçekleştirildiği yerin, birden çok kişinin bulunmasına olanak tanıyan ve dolayısıyla fiili öğrenme imkanı olan bir yer olup olmadığı değerlendirilecektir⁵⁹. Aleniyet Yargıtay tarafından da fiilin birden fazla kişi tarafından görülüp işitilebilmesi durumu olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Bununla birlikte fiilin işlendiği yerin objektif olarak birden fazla kişinin fiili öğrenmesine imkan tanınması yeterli olup, kişilerin gerçekten fiili öğrenip öğrenmedikleri aleniyeti etkilememektedir. Örneğin, fiilin normal şartlarda birden çok kişinin bulunması olağan olan bir sokakta işlenmesine rağmen o anda sokakta kimsenin bulunmaması halinde de aleniyetin sağlandığı kabul edilecektir⁶¹. Bu kabulün sosyal medya platformlarına uygulanması bakımından,

⁵⁷ Önder, **Özel Hükümler**, s.377; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.175.

⁵⁸ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.179-180; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2431; Soyaslan, **a.g.e.**, s.531.

⁵⁹ Önder, **Özel Hükümler**, s.376; Artuk v.d., **Özel Hükümler**, s.537; Malkoç, **a.g.e.**, s.3567; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6514; Parlar, **a.g.e.**, s.1147; Türkan Sancar, **Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.174; yerin niteliğinin önemsiz olduğunun kabulüyle birlikte fiilin birden çok kimsenin huzurunda gerçekleşmiş olmasını gerekli gören görüş için bkz.: Toroslu, **Özel Kısım**, s.257; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.226; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2425.

⁶⁰ Yargıtay CGK, E.2007/9-69, K.2007/99, T.17.04.2007, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

⁶¹ Yargıtay CGK, E.2017/14-1076, K.2018/492, T.30.10.2018 “*Hakaret suçunun, belirsiz sayıdaki kişiler tarafından işitilebilecek, görülebilecek ve algılanabilecek bir ortamda veya çok sayıda kişinin öğrenmesini sağlayacak herhangi bir araçla işlenmesi halinde, aleniyet vardır. Aleniyetin varlığı için,*

ifadenin gerçekleştirildiği sosyal medya hesaplarının özelliklerine göre yorum yapılması gerekir. Twitter, Facebook veya Instagram gibi sıklıkla kullanılan sosyal medya platformlarındaki bir hesapta suçu ve suçluyu övme fiilinin gerçekleştirilmesi halinde, diğer kişilerin bu hesaplara ulaşma ve içerikleri görme imkanları incelenmelidir. Bu bakımdan hesabın korumalı olması, yani yalnızca sahibinin izni ile içeriklerin görüntülenebilmesi yerin niteliği unsuruyla benzeşmekte olup, aleniyet için belirleyici unsur olmayacaktır. Hesap korumalı olsun yahut olmasın, hesapta paylaşılan içeriklere erişilmesi, hesabın açık olması ya da korumalı hesapta hesap sahibinin görme talebinde bulunan kişileri genel olarak kabul ediyor olması sebebiyle mümkünse aleniyetin olduğundan söz edilecektir. Ancak korumalı bir hesabın sahibinin hesaba erişime izin vermemesi halinde, diğer kişilerin içerikleri öğrenme imkanını ortadan kaldırıldığından aleniyet sağlanmayacaktır.

Aleniyet, fiilin bir özelliği olması sebebiyle suçun maddi unsurlarına dahildir⁶². Fiilin alenen işlenmemesi halinde fiil unsuru gerçekleşmeyeceğinden suç oluşmayacaktır.

Aleniyetin fiilin bir unsuru olarak kabul edilmesinin sonuçlarından biri de kastın aleniyeti de kapsaması gerektiğidir⁶³. Buna bağlı olarak, failin fiili aleni şekilde gerçekleştirdiğini bilmemesi halinde failin kastı aleniyet unsurunu kapsamayacağından suç oluşmayacaktır.

çok sayıda insanın hakareti öğrenmesinin olanaklı olması yeterlidir; söylenenlerin fiilen duyulması şart değildir... olayda, sanığın hakaret fiilini gerçekleştirdiği caddenin, herkese açık bir yer olması ve söylenen sözlerin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilir mahiyette bulunması karşısında, aleniyet unsurunun gerçekleştiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır”; Yargıtay 2.CD, E.2011/37728, K.2013/24174, T.24.10.2013 “...Aleniyet belirsiz sayıdaki kişilerin sövmeyi oluşturan sözü duymalarının olanaklı olduğu halde suçun işlenmesini ifade eder, söylenen sözün belirli sayıda kişi tarafından duyulması ya da fiilen duyulup duyulmadığı önemli olmayıp, belirsiz sayıda kimsenin duyması olanağının yaratılması yeterlidir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

⁶² Gerçeker, **a.g.e.**, s.2004; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.181; Cihan, **a.g.e.**, s.114; Önder, **Özel Hükümler**, s.400; Yargıtay CGK, E.2007/9-69, K.2007/99, T.17.04.2007, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

⁶³ Cihan, **a.g.e.**, s.114; Önder, **Özel Hükümler**, s.376.

d. Övülen Fiile İlişkin Özellikler

(1) Övülen Fiilin İşlenmiş Olması

765 s. TCK’de yer alan düzenlemede “*kanunun cürüm saydığı fiil*” ibaresi kullanılmakla birlikte övülen fiilin işlenip işlenmediği hususunu aydınlığa kavuşturacak açık bir ibare bulunmamaktaydı. Ancak öğretiyeye göre, cürüm fiilini övme suçunu düzenleyen 312. madde yalnızca işlenmiş olan bir cürmün övülmesi halinde uygulanabilecektir; işlenmemiş bir cürmün övülmesi halinde ise, diğer koşulları da varsa, 311. maddede düzenlenen suç işlemeye tahrik suçu oluşabilecektir⁶⁴. Bu sebeple 765 s. TCK md.312’de yer alan “*kanunun cürüm saydığı fiil*” ibaresinin her ne kadar bu açıklıkta olmasa da 5237 s. TCK’nin 215. maddesinde yer alan “*işlenmiş olan bir suçu*” ibaresinin karşılığı olduğu kabul edilebilir. 5237 s. TCK’nin 215. maddesinde “*işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi*” ibaresine yer verilerek, suçun işlenmiş olması gerektiği hususunda bir belirsizlik yaşanmasının önüne geçilmiştir. Sonuç olarak, suçu ve suçluyu övme suçundan söz edilebilmesi için övülen suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Henüz işlenmemiş bir suçun övülmesi halinde ise diğer şartları da mevcutsa, 214. maddede düzenlenen seç işlemeye tahrik suçunun işlendiği söylenebilecektir⁶⁵.

İşlenmiş bir suçtan söz edebilmek için suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekmektedir⁶⁶. Ancak fiilin teşebbüs aşamasında kalması övme suçunun oluşumunu etkilememektedir. Övülen suçun teşebbüste kalmış olması ve hatta icra hareketlerinin tamamlanmamasının veya neticenin gerçekleşmemesinin failin kendisi tarafından engellendiği gönüllü vazgeçme halinde dahi, fiilin övülmesi ile suçu ve suçluyu övme suçu oluşacaktır⁶⁷.

⁶⁴ Önder, **Özel Hükümler**, s.399; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.212; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.144; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.231; Cihan, **a.g.e.**, s.122.

⁶⁵ Toroslu, **Özel Kısım**, s.260; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6512; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2431.

⁶⁶ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6512; Parlar, **a.g.e.**, s.1147.

⁶⁷ Önder, **Özel Hükümler**, s.399; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.212; Ersan Şen, “Suçu ve Suçluyu Övme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S:7, 2008, s.109 (Anılış: Suçu ve Suçluyu Övme).

(2) Övülen Fiilin Suç Teşkil Etmesi

Suç ve suçluyu övme suçunda, övülen fiilin bir suç teşkil etmesi gereklidir. Niteliği itibariyle suç teşkil etmeyen, örneğin disiplin cezası gerektiren bir fiilin ya da kabahatin övülmesi halinde bu suç oluşmayacaktır⁶⁸. Aynı şekilde suç teşkil etmeyen haksız fiiller ile ahlak kurallarına aykırı fiillerin övülmesi de övme suçunun fiil unsurunu oluşturmayacaktır⁶⁹. Övülen fiil, yürürlükteki ceza kanununda veya suç ve ceza düzenlemesi içeren diğer kanunlarda düzenlenmiş olmalıdır⁷⁰. Örneğin Anayasa Mahkemesi tarafından 23.09.1996 tarihinde iptal edilene kadar 765 s. TCK'de suç olarak yer almış olan zina fiili⁷¹ 5237 s. TCK bakımından suç teşkil etmemektedir. Bu sebeple 5237 s. TCK'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen zina fiilinin övülmesi halinde, övülen fiil suç teşkil etmediği için suç ve suçluyu övme suçu oluşmayacaktır.

Kanun, övülen suçlar ve suçlular bakımından suç tipi bağlamında herhangi bir ayırım gözetmemiştir. Bu sebeple tüm suç düzenlemelerine ilişkin olarak övme suçunun işlenmesi mümkündür⁷².

Övülen suça ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, iptal kararının yürürlük tarihine kadar suç düzenlemesi geçerliliğini koruyacağından bu fiilin övülmesi suç ve suçluyu övme suçunu oluşturacaktır⁷³. Ancak iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten sonra aynı

⁶⁸ Önder, **Özel Hükümler**, s.398; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.212; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.144; Cihan, **a.g.e.**, s.124; Malkoç, **a.g.e.**, s.3573; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6511; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2430, Soyaslan, **a.g.e.**, s.527; Parlar, **a.g.e.**, s.1147.

⁶⁹ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.210; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.230; Gözübüyük, **a.g.e.**, s.531; Cihan, **a.g.e.**, s.123.

⁷⁰ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6511.

⁷¹ 765 s. TCK md.440 "Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur." ve md.441 "Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur."

⁷² Yalnızca belirli suç tiplerinin övülmesinin suç teşkil ettiği düzenlemelere örnek olarak Alman Ceza Kanunu md.140 gösterilebilir: "Her kim 138. maddenin birinci fıkrasının 1 ila 4 numaralı bentlerinde ve 126. maddenin birinci fıkrasında adı geçen hukuka aykırı fiillerden biri veya md.176/3, md.176a ve md.176b, md.177, md.178 veya md.179/3-5-6'da düzenlenen hukuka aykırı bir fiili, bu fiil işlendikten veya işlenmeye teşebbüs edildikten sonra, işleyeni mükafatlandırır veya kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde alenen, bir toplantıda veya yazı yayarak bu suçu onaylarsa üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır." Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015, s.239-240.

⁷³ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.216.

fiilin övülmesi halinde artık hukuken suç teşkil eden bir düzenleme bulunmadığı için suçu ve suçluyu övme suçu oluşmayacaktır.

(3) Övülen Fiilin Kasten İşlenmiş Olması

Kanun övülen fiilin suç teşkil etmesi gerektiğini belirtmekle birlikte suçlara ilişkin bir ayırım gözetmemiştir. Bu durum, kasten işlenmiş suçlarında yanında taksirle işlenmiş suçların övülmesinin de suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturup oluşturmayacağı sorusunu beraberinde getirmiştir. Bir görüşe göre, madde metninde suç teşkil eden fiiller arasında ayırım yapılmaması sebebiyle, taksirle işlenen suçlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Öte yandan taksirle işlenen suçların övülmesi halinde toplumda, suçun tipik hareketinin gerçekleştirilmemesi hususunda gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi yönünde olumsuz etki yaratılabilecektir. Dolayısıyla taksirle işlenen suçların övülmesi de suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturabilmektedir⁷⁴. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, suçu ve suçluyu övme suçu, suç işlemeye dolaylı bir tahrik teşkil ettiği ve taksirle işlenen suçlar fiilleri nitelikleri gereği tahrik altında işlenemeyeceği için övülen suçların yalnızca kasten işlenen suçlar olduğu kabul edilmelidir⁷⁵.

(4) Övülen Fiilin Cezalandırılabilirliği

Suç ve suçluyu övme suçu bakımından övülen fiilin haksızlık niteliğini haiz olması yeterli olup, işlediği suçtan dolayı failin kınanabilir olup olmaması ya da cezalandırılabilirliğin diğer koşulları herhangi bir etkiye sahip değildir⁷⁶. Örneğin fail bakımından bir şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması sonucu, işlediği suç için cezalandırılmaması söz konusu olsa dahi, övülen fiil hala suç niteliğini korumaktadır.

⁷⁴ Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.213.

⁷⁵ Toroslu, **Özel Kısım**, s.260; Önder, **Özel Hükümler**, s.398; Erem, **Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, s.144; Erem, Toroslu, **a.g.e.**, s.231; Cihan, **a.g.e.**, s.123; Malkoç, **a.g.e.**, s.3573; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6511; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2430; Parlar, **a.g.e.**, s.1147.

⁷⁶ Önder, **Özel Hükümler**, s.400; Cihan, **a.g.e.**, s.123.

Buradan hareketle, failin cezalandırılmadığı durumlarda dahi haksızlık niteliğini taşıyan fiilin övülmesi halinde, suçu ve suçluyu övme suçu oluşacaktır.

e. Övülen Faile İlişkin Özellikler

765 s. TCK'nin 312. maddesinde yalnızca cürüm fiilinin övülmesi suç olarak düzenlenmekteydi. Ancak öğretide kabul edildiği üzere, failin işlediği cürüm üzerinden övülmesi durumunda, failin övülmesi aynı zamanda işlenen fiilin övülmesi anlamına gelebilecektir. Bu bakımdan, işlediği cürüm üzerinden failin övülmesi, cürüm teşkil eden fiilin övülmesi bakımından bir araç işlevi görmektedir. Bu sebeple failin bu şekilde övüldüğü durumlarda, cürüm övmenin gerçekleştiğinden bahsedilebilecektir⁷⁷.

5237 s. TCK ise “işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi” ibaresine yer vererek, suç teşkil eden fiili nedeniyle bir kişinin övülmesini doğrudan suçun kapsamına dahil etmiştir. Kanun koyucu işlediği fiil nedeniyle failin övülmesi ile fiilin övülmesini eş değerde görmüştür⁷⁸. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, işlediği suç sebebiyle failin övülmesinin suç teşkil etmesinin sebebi, bu kişi aracılığı ile esasen suç teşkil eden fiilin övülmesidir⁷⁹.

f. Övülen Fiil ve Faile İlişkin Verilmiş Bir Kesin Hüküm Bulunması

Yukarıda açıklandığı üzere, suçu ve suçluyu övme suçu işlenmiş bir suçun ya da işlediği suç sebebiyle failin övülmesi halinde gerçekleşmektedir. Övme suçunun oluştuğundan söz edebilmek için “işlenmiş suç” kavramına ilişkin olarak, kesinleşmiş

⁷⁷ Önder, **Özel Hükümler**, s.402; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik**, s.214-215.

⁷⁸ Toroslu, **Özel Kısım**, s.260.

⁷⁹ TCK md. 215'in gerekçesi “Madde metninde suçu veya suçluyu övme suçu tanımı yapılmıştır. Buna göre suçun oluşması için, failin işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi alenen övmesi gerekmektedir. İşlenmiş olan bir suçun failini veya kanuna uymayan kişiliğini, sırf suç işlemesi sebebiyle övme hâli de cezalandırılmaktadır. Suç işlemiş olan kişinin övülmesi hâlinde, aslında bu kişi aracılığıyla işlenmiş olan suç övülmektedir.” (Çevrimiçi), http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=13jfgk13b3_14&pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237 , E.T. 02.03.2018.

bir mahkeme kararıyla bu durumun tespit edilmesinin gerekip gerekmediği de belirlenmelidir.

Öğretide bu hususa ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, suçu ve suçluyu övmekten söz edilebilmesi için, suçun veya suçlunun bu nitelikleri bir mahkeme hükmü ile kesin olarak tespit edilmiş olmalıdır⁸⁰. Buna göre masumiyet karinesi gereği, fiile ilişkin yapılan yargılama nihai olarak sonuçlanana kadar sanık suçsuz kabul edilir. Bu durumda bu kişinin suç işlediğinin ya da fiilin suç teşkil ettiğinin henüz tespit edilmemiş olduğu bu dönemde suçu ve suçluyu övme suçu oluşmayacaktır⁸¹. Bu aynı zamanda kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Övme fiilinin gerçekleştiği anda övülen fiilin suç teşkil ettiğine ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme hükmü bulunmuyorsa, 'suçu övme' unsuru gerçekleşmemiş olacağından tipik fiil oluşmayacaktır. Suç teşkil ettiği kesin hükümle tespit edilmemiş fiilin övülmesinin suçu övme kabul edilmesi halinde ise kanunilik ilkesine aykırılık doğacaktır⁸². Diğer bir görüşe göre, suçun işlendiğinin kanıtlanması yeterli olup, bu hususta kesin hüküm verilmiş olmasına gerek yoktur⁸³.

Yargıtay uygulaması da suçu ve suçluyu övme suçunun oluşabilmesi için kesinleşmiş mahkeme kararının bulunması gerektiği yönündedir⁸⁴.

Övülen suç veya suçlu hakkında kesinleşmiş mahkeme hükmü bulunması gerekliliğini savunan görüş kabul edildiği takdirde, fiilin kovuşturulması bakımından bir mahkeme engeli bulunması ya da yargılama sırasında meydana gelen ve yargılamanın kesin olmayan şekilde sonuçlanmasına sebep olan unsurların (örneğin failin ölmesinin) meydana gelmesi sebebiyle düşme kararı verilmesi halinde, fiilin suç

⁸⁰ Şahbaz, **a.g.e.**, s.2429; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6512; Şen, **Suç ve Suçluyu Övme**, s.104; Gerçekler, **a.g.e.**, s.2004.

⁸¹ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6512; Şahbaz, **a.g.e.**, s.2429.

⁸² Şen, **Suç ve Suçluyu Övme**, s.105.

⁸³ Parlar, **a.g.e.**, s.1147.

⁸⁴ Yargıtay 8. CD, E.2018/7517, K.2018/11174, T.18.10.2018 “Bu suçun oluşabilmesi için; 1-) İşlenmiş olan bir suç olmalı ve bu suçun övülmesi, 2-) Kesinleşmiş mahkeme kararı ile suç işlediği tespit edilen kişinin, işlediği sabit olan suçtan dolayı övülmesi, 3-) Suçu ve suçluyu övme fiilinin alenen yapılması, 4-) Suçu ve suçlunun övülmesi halinde kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir.”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 04.02.2019.

teşkil ettiği ya da kişinin suçun faili olduğu kesin olarak tespit edilemeyeceğinden, bu fiilin veya kişinin övülmesi, suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturmayacaktır.

Övülen fiili gerçekleştirdiği tespit edilen fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde ise, açıklanmış bir hüküm bulunmadığından istinaf, temyiz, bireysel başvuru gibi kanun yollarına başvurulamayacağından kesinleşmiş bir hükümden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen fail ve failin işlediği fiilin övülmesi suç teşkil etmeyecektir⁸⁵.

Övülen suç veya suçlu hakkında kesinleşmiş mahkeme hükmü bulunması gerekmediğini savunan görüş kabul edildiği takdirde, muhakeme engeli bulunması veya zamanaşımı gibi sebeplerle yargılama yapılamayan durumlarda dahi, fiilin gerçekleştiğinin kanıtlanmış olması halinde, failin kim olduğunun kanıtlanmasına ihtiyaç olmaksızın, fiilin övülmesi ile suçu ve suçluyu övme suçu oluşabilecektir⁸⁶.

Kanaatimizce, suçu ve suçluyu övme suçu ancak, övme fiilinin gerçekleştirildiği anda mevcut kesin bir hüküm ile suç olduğu tespit edilmiş fiilin veya suçlu olduğu tespit edilmiş failin övülmesi ile gerçekleşebilir. Övülen fiilin suç teşkil edip etmediği tipik fiilin gerçekleştirilmesi ve fiilin haksızlık niteliğini haiz olduğunun belirlenmesi ile ortaya koyulabilir. Tipik fiilin haksızlık oluşturmaya ilişkin unsurlar ise ancak bir yargılama yapılması ile ortaya çıkarılabilir. Örneğin tipik fiilin gerçekleştiği olay bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunmanın söz konusu olup olmadığı mahkemenin meşru savunmanın şartlarına ilişkin yapacağı değerlendirme sonucu belirlenebilecektir. Olayda şartları gerçekleşen bir hukuka uygunluk sebebi mevcutsa, tipik fiil haksızlık niteliğini haiz olmayacak ve hukuka uygun kabul edilecektir. Bu durumda işlenmiş bir suçtan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Bir başka ihtimalde failin meşru savunmanın sınırını kasten aştığı tespit edilirse, fiil haksızlık niteliğini haiz olacak, işlenen fiil suç teşkil edecektir. Yargılamayı yapmakla yetkili ve görevli mahkeme tarafından böyle bir değerlendirme

⁸⁵ Şen, **Suç ve Suçluyu Övme**, s.108; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde ilgili fiil ve failin övülmesi ile suçu ve suçluyu övme suçunun oluşacağını ileri süren aksi yöndeki görüş için bkz.: Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6512.

⁸⁶ Parlar, **a.g.e.**, s.1147; Önder, **Özel Hükümler**, s.400; Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrir**, s.217.

yapılıp fiilin haksızlık niteliği tespit edilmediği müddetçe “işlenmiş bir suçtan” veya “suçlu kişiden” söz etmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca kesin hükmün gerekli olmadığını ileri süren görüşün, suç teşkil eden fiilin gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde suçu övmenin söz konusu olabileceği yönündeki iddiası bakımından, bu tespitin nasıl yapılacağı da ortaya koyulmamıştır. Örnek olarak, olaya ilişkin şikayet şartının gerçekleşmediği durumda fiilin suç teşkil ettiğinin nasıl tespit edileceği ya da bir ifadenin hakaret mi olduğunun yoksa eleştiri sınırları içinde kalması sebebiyle hukuka uygun bir fiil mi olduğunun kim tarafından ve hangi ölçütlerle tespit edileceği soruları yanıtızsız kalmaktadır. Şüphesiz ki, bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin bir yargılama olmaksızın üçüncü kişilerin kişisel kanaatlerine göre takdir edilmesi kabul edilebilir bir görüş değildir. Bu görüş, ceza hukukunun temel prensiplerinin dayandığı Anayasa’ya aykırıdır.

Suç ve suçluyu övme suçunun oluşabilmesi için, övülen fiil veya fail hakkında verilmiş bir kesin hüküm bulunması gerekliliği, böyle bir hükmün bulunmadığı durumlarda suç teşkil etmesi muhtemel fiilin veya suçu işlemiş olması muhtemel kişinin övülmesinin tamamen ceza hukukunun alanının dışında kalacağı anlamına gelmemektedir. Kesin hükümle suç teşkil ettiği henüz tespit edilmemiş fiilin veya suç işlediği tespit edilmemiş kişinin övülmesi belirli koşullarda başka suçları oluşturabilmektedir. Örneğin, 1 Ocak 2017 tarihinde bir gece kulübünde yılbaşını kutlayan kişilerin öldürüldüğü olaya ilişkin olarak Twitter üzerinden yapılan ve genel olarak öldürülen kişilerin bunu hak ettiklerinin ifade edildiği yorumları yapan kişiler hakkında Türkiye Barolar Birliği tarafından suçu ve suçluyu övme suçu kapsamında suç duyurusunda bulunulmuştur⁸⁷. Oysaki bu yorumların yapıldığı tarihte, gerçekleşen olayda meydana gelen suç ve bu suçu işleyen kişi veya kişilere ilişkin verilmiş bir kesin hüküm bulunmamaktaydı. Bu sebeple bu yorumlar bakımından suçu ve suçluyu övme suçunun oluştuğu söylenemeyecektir. Ancak ilgili yorumların, genel olarak yılbaşını kutlayan kişilerin öldürülmesinin meşru olduğunu ifade etmesi sebebiyle, muhatapları kasten öldürme suçuna tahrik ettiği ve suç işlemeye tahrik suçunun

⁸⁷ Basın Duyurusu, (Çevrimiçi), <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/turkiye-barolar-birliginden-istanbul-katliamini-ovenlere-suc-duyurusu-74381>, E.T. 01.06.2018.

meydana geldiği tartışılabilir⁸⁸. Diğer bir ihtimalde bu yorumların, halkın din veya mezhep bakımından farklı bir kesiminin, yılbaşını kutlayan başka bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi anlamına geldiği şeklinde bir yorum yapılarak söz konusu ifadelerin TCK md.216 bağlamında tartışılmaları da mümkündür.

5. Cezayı Artıran Nitelikli Hal

Kamu barışına karşı işlenen suçlar için ortak hüküm olan 218. maddeye göre, suçu ve suçluyu övme suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılabilecektir. TCK md.6/1-(g) “*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınların*” anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bir gazete yazısında, töre saikiyle öldürme suçunu işlemiş kişinin övülmesi halinde, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır⁸⁹.

B. MANEVİ UNSUR

Suç ve suçluyu övme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin kasten hareket ettiğinden söz edebilmek için övdüğü fiilin suç teşkil ettiğini veya kişinin o suçun faili olduğunu, dolayısıyla bu hususta bir kesin hükmün bulunduğunu, ayrıca övme fiilini alenen gerçekleştirdiğini bilmesi ve fiili gerçekleştirmeyi istemesi gereklidir. Failin, övdüğü fiilin suç teşkil ettiğinin veya övdüğü kişinin suçlu olduğunun kesin hükümle tespit edilmiş olduğunu bilmemesi halinde, suçun maddi unsurlarında düşülen bir hata söz konusu olacaktır. Suçun maddi unsurlarında düşülen bu hata kastı kaldırır⁹⁰. Bu sebeple övülen fiilin suç teşkil ettiğinin veya kişinin suçlu olduğunun kesin hükümle tespit edilmiş olduğunu

⁸⁸ Bununla birlikte 214. maddenin içeriğini oluşturan tahrikin, suç işlemeye doğrudan bir yönlendirme olması gerektiği göz önüne alındığında, söz konusu fiillerin 214. madde kapsamında değerlendirilmesi maddenin kapsamını genişletmek anlamına gelebilecektir. Bu bakımdan 214. maddede bu fiillerin madde kapsamına girip girmeyeceğini tespiti yarayan bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

⁸⁹ 5187 sayılı Basın Kanunu md.11 uyarınca, basılı eserler yoluyla işlenen suçlar, eserin yayım anında oluşmaktadır. Basın Kanunu md.2/1-(b)’ye göre yayım, basılı eserin kamuya sunulması anlamına gelmektedir.

⁹⁰ Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.255; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.465.

bilmeyen kişinin manevi unsurun eksikliği sebebiyle bir cezai sorumluluğu doğmayacaktır.

Failin cezayı artıran nitelikli halden sorumlu olabilmesi için kastının nitelikli hali de kapsamı gereklidir⁹¹. Dolayısıyla cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olan suçun basın ve yayın organları aracılığı ile işlenmesi bakımından da fail, övme suçunu bu vasıtalar ile işlediğini bilmeli ve bunu istemelidir.

Kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması ise bir objektif cezalandırılabilme şartı teşkil etmekte olup, objektif cezalandırılabilme şartları suçun unsurları dışında kalan şartlardır. Bu sebeple maddi unsurları kapsamı gereken kastın, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi unsurunu kapsamı gerekmemektedir. Fail, objektif cezalandırılabilme şartının varlığını bilmiyor veya gerçekleşeceğini öngörmemiş olsa bile faile ceza verilebilecektir. Ters durumda, yani failin bu şartların gerçekleşeceği inancıyla hareket etmesi; ancak şartların gerçekleşmemesi halinde suç oluşacak ancak faile ceza verilemeyecektir⁹². Dolayısıyla övme fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştiren fail, kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin meydana geleceğini öngörmemiş olsa bile cezalandırılabilir.

III. HUKUKA AYKIRILIK

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, tipik fiilin haksızlık teşkil etmesi gerekmektedir. Fiilin gerçekleştirildiği anda bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa fiil haksızlık içeriğine sahip olmayıp hukuka uygun kabul edilecektir. Bu sebeple fiilin haksızlık niteliğini haiz olup olmadığını tespit edebilmek için hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetinin tartışılması gereklidir.

⁹¹ Özgenç, **Genel Hükümler**, s.243.

⁹² Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.374; Akbulut, **a.g.e.**, s.232; Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve Zamanaşımı”, **MÜHFD-HAD**, C:19, S:2, 2013, s.19 (Anılış Objektif.); Birtek, **a.g.e.**, s.252; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II**, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2013, s.21 (Anılış: Genel Hükümler II); Kangal, **a.g.e.**, s.163; Zafer, **Genel Hükümler**, s.391.

Suçu ve suçluyu övme suçunda esasen bir ifade biçimi ceza yaptırımına altına alındığı için, bu bağlamda tartışılması gereken hukuka uygunluk nedeni bir hakkın kullanılmasıdır.

Hukuk düzeninin bir kişiye hak tanması halinde bu hakkın kullanılması hukuka uygun olacaktır. Ancak hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için hakkın hangi koşullarda ve şartlarla kullanılabileceğini gösteren düzenlemeye uygun şekilde kullanılmış olması gereklidir⁹³.

Suçu ve suçluyu övme suçunun tipik fiili olan “övme” övülen fiile ilişkin düşüncelerin aksettirilmesi anlamına gelmekte olup bir ifade teşkil etmektedir⁹⁴. Övme fiilinin ifade özgürlüğü bağlamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi halinde haksızlık teşkil etmeyen övme fiili suç oluşturmayacaktır. Dolayısıyla övme fiilinin suç teşkil edip etmediğini belirleyebilmek için öncelikle ifade özgürlüğünün kapsamını ve sınırlarını ortaya koymak gereklidir.

A. İfade Özgürlüğüne İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

İfade özgürlüğü birçok uluslararası ve ulusal düzenleme ile koruma altına alınmış bir haktır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bu düzenlemelerin başlıcalarıdır⁹⁵. Bunun yanı sıra birçok devlet iç hukuklarında ifade özgürlüğünü koruyan düzenlemelere sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 26. maddesi de ifade özgürlüğünü koruma altına almıştır. Ayrıca taraf olunan uluslararası anlaşmalar da ifade özgürlüğünün korunması bakımından bağlayıcılık arz etmektedir.

⁹³ Uğur Uruşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.200; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.315; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.288; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.312.

⁹⁴ Kemal Şahin, “Farklı Özgürlük Anlayışları Çerçevesinde İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Sınırlandırılması”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s.355 (Anıls: İfade Özgürlüğü).

⁹⁵ Ahmet Bahçe, Abdullah Demir, “Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü”, **Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, C:1, S:2, 2017, s.23 vd.

B. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İfade özgürlüğü, mutlak bir hak olmaması sebebiyle sınırlandırılabilir. Ancak ifade özgürlüğünün hangi durumlarda ve ne şekilde sınırlandırılabileceğine ilişkin yeknesak bir ölçüt mevcut değildir. Bu husus bakımından karşılaştırmalı hukukta ifade özgürlüğünün nasıl sınırlandırıldığının belirlenmesi faydalı olacaktır.

Suç ve suçluyu övme suçunda yer alan “*kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” unsuru, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Mahkeme tarafından kullanılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında az da olsa yer bulan bir ölçüttür. Bu sebeple suç ve suçluyu övme suçu bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının şartlarının açıklığa kavuşturulabilmesi için öncelikle ABD Yüksek Mahkemesi içtihatları incelenecek; daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarında ifade özgürlüğünün sınırlandırılma şartlarına ilişkin ölçütler değerlendirilecektir.

1. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku’nda ve Yüksek Mahkeme İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

a. Genel Olarak

ABD Hukuku’nda ifade özgürlüğü Anayasa’nın 1. ek maddesinde düzenlenmektedir. 1. ek madde “*Kongre, bir dinin kurumsallaşması ile ilgili olan, özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan, basın özgürlüğünü veya kişilerin barışçı biçimde toplanma ya da hükümete şikayetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını sınırlayan hiçbir yasa yapamaz.*”⁹⁶ şeklinde düzenlenmiştir. Maddede, ifade özgürlüğünün sınırlayan yasa yapılamayacağı ifade edilmiş ve ne bu maddede ne de

⁹⁶ The First Amendment of the US Constitution “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*” (Çevrimiçi), https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment, E.T. 07.06.2018.

Anayasa'nın diğer maddelerinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bir usul öngörülmüştür. Bu sebeple maddenin yorumlandığı ilk dönemde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmaz, mutlak bir hak olduğuna yönelik fikirler ileri sürülse de daha sonra hakim olan görüş ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilir bir hak olduğu yönünde olmuştur⁹⁷. Ayrıca madde, yalnızca Kongre'nin yapacağı yasalara ilişkin sınırlı bir kapsama sahip gibi gözükse de Yüksek Mahkeme içtihatlarında 1. ek maddenin devletin yapacağı tüm yasama faaliyetleri bakımından geçerli olduğu kabul edilmiştir⁹⁸. Ancak hakkın nasıl sınırlandırılacağı Anayasa'da öngörülmediğinden bu yöndeki tespitleri ABD Yüksek Mahkemesi kendi içtihatları ile ortaya koymaya çalışmıştır.

b. Fikirlerin Serbest Piyasası, Demokrasi ve Otonomi Yaklaşımları

Yüksek Mahkeme tarafından ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik öne sürülen ilk yaklaşım, *Adams v. United States* kararında hakim Holmes tarafından, İngiliz “Doğruluk/Gerçeklik” (“*Truth*”) teorisinin bir benzeri olan ve J. S. Mill'in “*Fikirlerin Serbest Piyasası*” (“*Marketplace of Ideas*”) argümanına dayanan görüş ile dile getirilmiştir⁹⁹. Kararda hakim Holmes bu görüşü “*Gerçeğin ortaya çıkması, düşüncelerin, serbest piyasanın rekabet ortamında kendisini kabul ettirme gücünden geçmektedir.*” şeklinde açıklamıştır¹⁰⁰. Bu fikre göre, “*İfade özgürlüğü yüksek bir toplumsal değer olan doğruya ulaşabilme ve gelişme amacını korumaktadır.*”¹⁰¹. Ancak bu bakış açısı, ifade özgürlüğü bakımından kapsamlı bir değerlendirme yapma

⁹⁷ Zühtü Arslan, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (Çevrimiçi), <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksek-mahkemesi-karalarinda-ifade-ozgurlugu.pdf>, E.T. 20.04.2018, s.27; Şahin, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.361 (Anılış: İfade Özgürlüğü).

⁹⁸ Şule Özsoy, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, **TBBD**, S:56, 2005, s.30.

⁹⁹ Arslan, **İfade Özgürlüğü**, s.5; Özsoy, **a.g.e.**, s.33; Şahin, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.362.

¹⁰⁰ *Adams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), §630 “*that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.*”, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>, E.T.07.06.2018.

¹⁰¹ Özsoy, **a.g.e.**, s.31.

imkanından yoksun olması sebebiyle, hakim Brandies tarafından eleştirilmiştir. Hakim Brandies, *Withney v. California* kararında ifade özgürlüğünün yalnızca doğrunun ortaya çıkması için bir vasıta teşkil etmediğini, asıl ulaşılacak istenen amacın ifade özgürlüğünün kendisi olduğunu, devletin esasen bireylerin manevi olarak kendilerini geliştirmelerine imkan tanıyacak özgür bir ortam sağlamakla görevli olduğunu ifade etmiştir¹⁰².

Daha sonra benimsenen otonomi yaklaşımı ile ifade özgürlüğünün, herhangi bir değere katkısı olup olmadığı değerlendirilmeksizin, devletin müdahale alanı dışında kalan, bireyin otonom alanında kullanılan bir hak olduğu, bunun ancak diğer bireylerin vücut, yaşam veya malvarlığı haklarına yönelik bir ihlal doğurması halinde sınırlandırılabilirliği ifade edilmiştir. Demokrasi yaklaşımı ile, ifade özgürlüğünün demokratik bir sistemde toplumun yönetime katılımı için korunması gereken unsur olduğu ifade edilmiş, bu bağlamda sınırlandırmanın ancak demokratik toplum değerlerine yönelen ihlallerin mevcudiyeti halinde mümkün olacağı ifade edilmiştir¹⁰³. Demokrasi yaklaşımının özellikle siyasal ifade özgürlüğü bakımından oldukça güçlü bir koruma alanı yarattığı kabul edilmektedir¹⁰⁴. Demokrasi yaklaşımı, AİHM kararlarında da benimsenmiş, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun kurucu unsuru olduğuna ilişkin ilk kez *Handyside v. Birleşik Krallık* kararında yapılan şu tespit, daha sonra AİHS md.10'a ilişkin verilen hemen her kararda yer almıştır: “İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel değerlerinden birini teşkil etmekte olup toplumun ilerlemesi ve bireylerin gelişimi için de en temel şartlardan biridir”¹⁰⁵.

¹⁰² Şahin, *İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, s.362.

¹⁰³ Özsoy, *a.g.e.*, s.32.

¹⁰⁴ Şahin, *İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, s.363; Özsoy, *a.g.e.*, s.32.

¹⁰⁵ *Handyside v. Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1972, (Çevrimiçi),

c. İfade Türlerine Göre Benimsenen Ölçütler ve Açık ve Mevcut Tehlike Ölçütü

Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğünün kapsamının değişime açık oluşu sebebiyle sınırlandırma bakımından tek bir ölçüt ile yetinmemiş, özellikle farklı ifade türlerine yönelik farklı ölçütleri kullanmayı tercih etmiştir¹⁰⁶. Yüksek Mahkeme, bu ifadelerin hepsini aynı oranda koruma altına almamış, örneğin ticari ifadeler bakımından daha dar bir koruma sağlayıp devlete daha çok müdahale imkanı tanırken; siyasal ifadeler bakımından daha kapsamlı bir koruma sağlayıp devlete daha sınırlı bir müdahale alanı tanımıştır. Bunlar arasında suçu ve suçluyu övme suçu ile en çok ilişkili bulunan ifade türünü ‘hukuka aykırı fiillerin savunulması ve tahrik edilmesi’ oluşturmaktadır. Bu sebeple aşağıda yalnızca bu ifade türü bakımından yapılan sınırlamalara ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

Hukuka aykırı eylemlerin savunulması ya da tahrik edilmesine ilişkin fiillerin ifade özgürlüğü bakımından değerlendirmeye alındığı ilk kararlar Birinci Dünya Savaşı sonrasına tekabül etmektedir¹⁰⁷. Bu dönemde verilen kararlar aynı zamanda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından uzun süre kullanılacak açık ve mevcut tehlike ölçütünün uygulandığı ilk kararlardır.

ABD hukukunda 1. ek maddeye ilişkin ilk içtihatlar Birinci Dünya Savaşı sırasında, özellikle Casusluk Kanunu kapsamında yapılan yargılamalarda ortaya koyulmuştur. Bu dönemde yer alan ve ileride açık ve mevcut tehlike ölçütünün şekillenmesini sağlayacak olan davalar *Schenck v. United States*, *Debs v. United States* ve *Abrams v. United States*’tir¹⁰⁸.

1919 yılında görülen **Schenck v. United States** davası, Amerikan Sosyalist Partisi genel sekreterinin askerlik çağındaki gençlere dağıttığı ve savaşın, özellikle de askerliğin etkilerini anlatan 15.000 broşür sebebiyle cezaya mahkum edilmesini

¹⁰⁶ Şahin, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.363.

¹⁰⁷ A.e., s.369.

¹⁰⁸ Stefan Sottiaux, “The Clear and Present Danger Test in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **ZaöRV**, S.63, 2003, s.659; Öykü Didem Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku – 1**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.100 (Anılış: Üç Demokraside..); Arslan, **İfade Özgürlüğü**, s.25.

takiben temyiz talebiyle Yüksek Mahkeme önüne gelmiştir. Broşürlerde yer alan “*Haklarınıza sahip çıkın, gözdağına boyun eğmeyin!*” gibi ifadeler sebebiyle Schenck Casusluk Kanunu kapsamında, devletin silahlı güçlerinin operasyonlarına müdahale eden yanlış beyanlar sunma, ordu içinde sadakatsizliğe ve ayaklanmaya sebep olma suçlarından suçlu bulunmuştur¹⁰⁹. Yüksek Mahkeme, daha sonra açık ve mevcut tehlike ölçütünü ortaya koyan kişi olarak anılacak olan hakim Oliver W. Holmes’ün başkanlığında mahkumiyet kararını onamıştır. Hakim Holmes gerekçede, sanık Schenck’in broşürlerde yer alan ifadeleri normal koşullarda ve farklı yerlerde ifade etmesinin Anayasal koruma altında olacağını; ancak fiilin savaş koşulları hakimken gerçekleştirilmesinin normal koşullardayken gerçekleştirilmesiyle bir tutulamayacağını, fiilin ne zaman Anayasal korumadan yararlanabileceğinin gerçekleştirildiği koşullara bağlı olarak değişeceğini ifade etmiştir. Hakim Holmes buradan yola çıkarak asıl tartışılması gereken noktanın, ifadelerin, önemli kötülöklere yol açabilecek açık ve mevcut bir tehlike oluşturabilecek koşullarda kullanılması ve bu tehlikeyi meydana getirmeye elverişliliği olduğunu belirtmiştir¹¹⁰. Bu tespitleri ile hakim Holmes, daha sonra 1. ek maddeye ilişkin içtihatlarında sıkça kullanılacak olan açık ve mevcut tehlike ölçütünü, ifadenin ortaya koyulduğu koşullar bakımından açık ve mevcut bir tehlike meydana getirmeye elverişli olması halinde devletin ifade özgürlüğüne müdahale yetkisi doğacağı şeklinde formüle etmiştir.

1919 yılında görölen bir başka dava olan **Debs v. United States** davasında, Sosyalist Eugene Debs’in savaşı ve asker alımlarını protesto ettiğı Ohio’da 1200 kişi önünde dile getirdiğı “*Patronlar savaş ilan ettiğinde savaşan ve bir şeylerini kaybedecek olanlar işçi sınıfıdır, sonuçta işçi sınıfı hiçbir şey kazanmaz, hayatlarını bile. (...) ancak şunu bilmelisiniz ki siz kölelikten ve temel besinleri elde etmekten daha fazlasını hak ediyorsunuz.*” ve “*Eğer (aynı suçtan hüküm giymiş arkadaşı) Stokes sırf asker alımlarına karşı çıktığı için suçluysa, ben de suçluyum*” sözleri için Debs hakkında soruşturma başlatılmıştır. Yüksek Mahkeme jüriye yaptığı açıklamada, sanığın ifadelerinin eğilimi (savaş sırasında korunması gereken bir unsur olduğu kabul

¹⁰⁹Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1919, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>, E.T.07.06.2018.

¹¹⁰ Arslan, **İfade Özgürlüğü**, s.28; Aydın, **Üç Demokraside..**, s.101; Şahin, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.369; Sottiaux, **a.g.e.**, s.659.

edilen) asker alımları bakımından kötü bir etki yaratmıyorsa, yalnızca asker alımına karşı çıkan bu ifadelerin sarf edilmesinin sanığın cezalandırılması için yeterli olmadığını hatırlatmıştır¹¹¹.

1919 tarihli bir diğer dava olan **Abrams v. United States** davasında, ABD'nin Bolşeviklerle savaşan Çarlık Rusyası'na destek olarak Avrupa'ya birlik göndermesine karşı çıkan bildiriler dağıttıkları için Jacob Abrams ve diğer komünistlerin Casusluk Kanunu kapsamında suçlu bulunmaları tartışılmıştır¹¹². Yüksek Mahkeme Schenck davasında yapılan tespitlerin benzerini burada da yaparak, (savaş durumuna ilişkin) koşullar itibariyle bu tür bildirilerin 1. ek maddenin koruma alanı içinde değerlendirilemeyeceğinden bahisle mahkumiyet hükmünü onamıştır¹¹³. Ancak hakim Holmes ve hakim Brandeis karşı oy yazılarında, bizzat hakim Holmes tarafından Schenck davasında ortaya koyulan kriterleri değiştirmiş, savaş durumu hakim olsa dahi, herhangi bir tanınırlığı olmayan, el altından gizlice dağıtılan ve gülünç kabul edilebilecek bildirilerin, bu nitelikleri sebebiyle ve özellikle de devletin silahlı güçlerinin güçlü konumu karşısında açık ve mevcut bir tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmadığı gerekçesiyle karara katılmadıklarını ifade etmişlerdir¹¹⁴.

Yüksek Mahkeme takip eden yıllarda, kamu açısından bir zarar ya da kötülük doğurma eğilimi taşıyan ifadelere devletin müdahale etmesini uygun gördüğü "*kötü eğilim*" ("*bad tendency*") ölçütünü kullanmıştır. Karşı oylarda yer alan ve bu eğilimin somutlaştırılması gerektiği yönündeki görüşler ise Mahkeme tarafından benimsenmemiştir¹¹⁵.

1927 yılında görülen **Whitney v. California** davasında, Anita Whitney, Oakland'da çalışmalarını sürdüren Sosyalist Parti'den ayrılan radikal bir grup ile birlikte Amerikan Komünist İşçi Partisi'ni kurmaya çalışmış, bu sebeple Yasadışı

¹¹¹Debs v. United States, 249 U.S. 211, 1919, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>, E.T.07.06.2018, §213.

¹¹²Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 1919, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>, E.T.07.06.2018.

¹¹³Şahin, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.369; Aydın, **Üç Demokraside..**, s.103.

¹¹⁴Abrams v. United States, § 628-629.

¹¹⁵Aydın, **Üç Demokraside..**, s.104.

Sendikacılık Kanunu kapsamında suçlu bulunmuştur¹¹⁶. Kendi tüzüğünde AKİP'in, Moskova'da açıklanan manifestoda yer alan komünist ilkelere bağlı kalarak tüm ülkelerdeki devrimci işçi sınıfını örgütleyeceği, kapitalist devleti ele geçirip düzeni yıkarak gücü ele geçireceği ve “*Proletarya Diktatörlüğü*” olarak isimlendirdikleri işçi sınıfının egemen olduğu bir düzen kuracağı belirtilmektedir¹¹⁷. Yüksek Mahkeme, 1. ek madde ile korunan ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığını; ifadenin, kamu refahı bakımında zararlı olması, suç işlemeye tahrik etmesi, kamu barışını bozması, anayasal düzeni tehlikeye atması, hukuka aykırı araçlarla hükümeti devirme tehdidinde bulunması halinde, devlet tarafından müdahale edilip bir ceza yaptırımına tabi tutulabileceğini belirtmiştir. AKİP'in tüzüğünde ileri sürülen fikirlerin özünün, proletarya diktatörlüğüne ulaşılabilmesi için, hukuka aykırı yöntemler ve suç işlemeye tahrik yoluyla bireylerin bir organizasyon içinde toplanmasına dayandığının; bu organizasyonun, kamu barışı ve güvenliği için büyük bir tehlike teşkil ettiğinin açık olduğu; devletin yaptırım gücünü kullanarak bu organizasyonun oluşturulma çabasına cezai bir yaptırımda bulunmasının makul olmadığına ya da keyfiyete dayandığının ileri sürülemeyeceğini belirterek, Whitney hakkındaki mahkumiyeti onamıştır¹¹⁸. Ancak Yargıç Brandeis karşı oy yazısında, ifade özgürlüğünü sınırlandırmanın meşru olabilmesi için, bu özgürlüğün kullanılması sonucu ortaya ciddi bir kötülük çıkacağına, tehlikenin ciddi ve yakın olduğuna ilişkin makul sebepler ileri sürülmesi gerektiğini; tahrikin elverişli olmadığı ya da tahrik edilen suçun işleneceğini gösteren herhangi bir bulgu olmaksızın kişilerin suça tahrik edilmesinin tek başına ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli olmadığını belirtmiştir. Açık ve mevcut tehlikenin varlığından söz edilebilmesi için ciddi ve yakın bir şiddet olayının gerçekleşmesinin muhtemel olduğuna ilişkin inanca sahip olunmasını sağlayan tarihsel örneklerin sunulması gerektiğini ifade eden hakim Brandeis, Whitney davasında bunların ileri sürülmemesi sebebiyle karara karşı çıkmış, hakim Holmes de bu yazıya katılmıştır¹¹⁹.

¹¹⁶ Whitney v. California, 274 U.S. 357, 1927, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/case.html>, E.T.07.06.2018.

¹¹⁷ Whitney v. California, 274 U.S. §363-364.

¹¹⁸ Whitney v. California, 274 U.S. §371-372.

¹¹⁹ Whitney v. California, 274 U.S. §376.

Daha sonraki kararlarında Yüksek Mahkeme'nin hakim Brandeis ve hakim Holmes'ün karşı oy yazılarını dikkate alarak ilgili davalarda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine yönelik kararlar verdiği görülmektedir¹²⁰. 1931 yılında görülen **Gitlow v. New York** davasında, Benjamin Gitlow'un, New York yasalarına göre suç kabul edilen anarşist eylemleri sebebiyle cezaya mahkum olması tartışılmıştır¹²¹. New York Ceza Kanunu md.160'a göre anarşist eylem, hükümetin hukuka aykırı yöntemlerle, şiddete başvurularak değiştirilmesini ya da hükümetin önemli görevlerinde yer alan kişilere suikast yapılmasını ifade etmekte olup, bu eylemlerin söz veya yazılı şekilde savunulması suç teşkil etmektedir. NYCK md.161'e göre ise söz konusu eylemlerin nasıl yapılacağına ilişkin sözel veya yazılı olarak yol gösterilmesi, tavsiyede bulunulması, eğitici bilgi verilmesi ya da bu yönde bilgi içeren yazılı materyallerin basılması, yayımlanması, satılması, dağıtılması suç olarak düzenlenmiştir. Gitlow'un da üyesi olduğu ise Sosyalist Parti'nin Sol Kanat Bölümü, Parti'nin ılımlı sosyalizm politikasına tepki olarak bir manifesto hazırlamış ve bunu Sol Kanat'ın resmi yayım organında yayımlamıştır. Manifestoda, ılımlı sosyalizmin demokratik parlamenter sistemin zorunluluğunu tanınması ve sosyalizmin meşru yöntemler dahilinde tanıtılması eleştirilmiş; buna karşılık milis kuvvetlerin gerçekleştireceği bir komünist devrim ve sınıf mücadelesine dayanan devrimci sosyalizm desteklenmiş; Komünist Sosyalizm'in kurulabilmesi için parlamenter sistemle yönetilen devletin ortadan kaldırılması savunulmuştur. Gitlow da bu manifestonun yayımlanmasından sorumlu kişiler arasında yer almaktadır¹²². Yüksek Mahkeme, yerel mahkemece verilen hükmün, ciddi kötülük tehdidi içeren belirli birtakım fiilleri ceza yaptırımına tabi tuttuğunu, Manifesto'da yer alan ifadelerin bu hükümde sözü edilen yasaklanmış fiilleri gerçekleştirme amacına yönelik olarak sarf edildiğini belirtmiştir. Mahkeme, diğer durumlardan farklı olarak, kanunun ciddi bir kötülük tehdidi içerdiği kabul edilen belirli birtakım fiillere yer vermesi halinde, burada ayrıca açık ve mevcut bir tehlikenin aranmayacağını belirtmiştir¹²³. Bir başka deyişle Mahkeme, kanun koyucunun varsayımsal olarak tehlikeli olduğuna kanaat getirdiği, yalnızca ifade edilmesiyle bir

¹²⁰ Şahin, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.369; Aydın, **Üç Demokraside..**, s.107.

¹²¹Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 1925, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/case.html>, (Çevrimiçi), E.T.07.06.2018.

¹²² Gitlow v. New York, 268 U.S. 654-658.

¹²³ Gitlow v. New York, 268 U.S. 671.

tehlike meydana geldiğini düşündüğü fiilleri özel olarak sayıp bunları suç olarak düzenlemesi halinde, bu fiillerin gerçekleştirilmesi sonucu gerçek bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılmasına gerek olmadığı yönünde tespit bulunmuştur. Bu tespit, Kıta Avrupası hukuku bağlamında soyut tehlike suçları için de yapılmakta olup¹²⁴, yukarıda açıklandığı üzere soyut tehlike suçlarında tehlikeli olduğu varsayılan fiilin yalnızca gerçekleştirilmesi ile tehlikenin gerçekleştiği kabul edilmektedir.

1951 yılında görülen **Dennis v. United States** davasında Yüksek Mahkeme, yine hükümetin şiddet yoluyla değiştirilmesinin savunulduğu bir olaya ilişkin verilen mahkumiyet hükmünü onaylarken, hükümetin hukuka aykırı yöntemlerle değiştirilmesini savunan ifadelerin sınırlandırılmasının meşru bir amaca dayandığına; her ne kadar açık ve mevcut tehlike ölçütünü benimsense de hükümeti devirmek isteyen örgütlerde, örgüt liderlerinin koşulların uygun hale gelmesi üzerine amaçlarını gerçekleştirmek için üyelerini harekete geçirmeye yönlendirmesi halinde, somut bir tehlikenin gerçekleşmesinin beklemesine gerek olmaksızın devletin ifade özgürlüğünü sınırlandırabileceğine kanaat getirmiştir¹²⁵. AİHM’in içtihatlarında da buna benzer bir yaklaşımın olduğunu görülmektedir. *Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye* davasında Mahkeme, devletin müdahale için, bir siyasi partinin gücü ele geçirip, Sözleşme’nin ilkeleriyle ve demokrasiyle bağdaşmayan politikalarını uygulamak ve kamu barışı ile ülkenin demokratik rejimini tehlikeye düşürmek için somut adımlar atmasını beklemek zorunda olmadığını; böyle bir tehlikenin varlığı yerel mahkemelerce tespit edildiği takdirde, devletin temel hak ve özgürlüklere makul şekilde müdahale edebileceğini ifade etmiştir¹²⁶.

Dennis v. United States davasından sonraki 20 yıllık süreçte açık ve mevcut tehlike ölçütünden uzaklaşmış, bunu yerine “dengeleme ölçütü” (“balancing test”)

¹²⁴ Aydın, **Üç Demokraside..**, s.111.

¹²⁵ Aydın, **Üç Demokraside..**, s.149.

¹²⁶ Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, 41340/98-41342/98-41343/98-41344/98, 13.02.2003, (Çevrimiçi), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-6093_6, E.T.07.06.2018, §102; bu yöndeki diğer kararlar için bkz.: Vona v. Macaristan, 35943/10, 09.07.2013, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122183>, E.T.07.06.2018, §57, Herri Batasuna ve Batasuna, v. İspanya, 25803/04-25817/04, 06.11.2009, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475>, E.T.07.06.2018, §81.

kullanılmaya başlanmıştır. Dengeleme ölçütü, ifade özgürlüğü ile devletin bu özgürlüğü sınırlandırarak korumaya çalıştığı diğer özgürlükler arasındaki çatışmanın olayın özel koşulları bağlamında değerlendirilmesi sonucu, bu özgürlüklerden hangisinin daha çok korumayı gerektirdiğinin tespit edilmesi anlamına gelmektedir¹²⁷.

Açık ve mevcut tehlike ölçütü 1969 tarihli **Brandenburg v. Ohio** davası ile birlikte ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından yeniden esas alınmaya başlanmış, bu davada verilen kararda açık ve mevcut tehlike ölçütünün günümüzde kullanılan şeklinin temelleri atılmıştır¹²⁸. Ku Klux Klan örgütünün bölgesel lideri Clarence Brandenburg, Cincinnati’de yayın yapan bir televizyon kanalında çalışan muhabiri arayarak kendisini bir çiftlikte yapılacak toplantıya davet etmiş, muhabir ve kameraman katıldıkları toplantıyı kayda almış ve görüntüleri ulusal ağ yayınında yayınlamışlardır. Görüntülerin bir kısmında, kukuleta takmış 12 kişinin meşaleler taşıdığı ve bu meşalelerle büyük bir ahşap haç yaktıkları görülmektedir. Diğer görüntülerde ise, Brandenburg’un yaptığı konuşma yer almaktadır¹²⁹. Brandenburg konuşmasında “...Biz intikam almak isteyen bir örgüt değiliz; ancak eğer Başkanımız, Kongremiz, Yüksek Mahkememiz beyaz ırkı bastırmaya devam ederse, bir intikamın alınması muhtemeldir. (...) Şahsen, zencilerin Afrika’ya, Yahudilerin de İsrail’e dönmesi gerektiğine inanıyorum.” ifadelerine yer vermiştir. Bu konuşma sırasında Brandenburg’un hitap ettiği kitlenin silahlı olduğu tespit edilmiştir. Brandenburg’un konuşmaları yasa dışı sendikal faaliyet olarak nitelendirilmiş ve Brandenburg hakkında cezaya hükmedilmiştir¹³⁰. Brandenburg’a ceza verilmesinin hukuki dayanağı olan Ohio Yasa Dışı Sendikacılık Kanunu bir kişinin, endüstriyel veya siyasi reforma ulaşabilmek için şiddete başvurulmasını savunmasını ya da bunun gerçekleştirilmesi için yol göstermesini, bu yönde yayımları basmasını veya yaymasını, yasa dışı sendikacılık faaliyetleri gerçekleştiren örgütlere gönüllü olarak katılmasını suç olarak tanımlamıştır. Yüksek Mahkeme ilgili hükmün, hukuka aykırı bir fiilin yalnızca

¹²⁷ Aydın, **Üç Demokraside..**, s.150-151; bu ölçüte ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz.: Aydın, **Üç Demokraside..**, s.150 vd.

¹²⁸ Arslan, **İfade Özgürlüğü**, s.30; Sottiaux, **a.g.e.**, s.664 Şahin, **İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.370; Aydın, **Üç Demokraside..**, s.171.

¹²⁹ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969, (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>, E.T.07.06.2018, §445-446.

¹³⁰ Brandenburg v. Ohio, §446-447

savunulması ile yakın gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olan ve bahsi geçen hukuka aykırı fiillerin işlenmesi için tahrikte bulunulması arasındaki farka ilişkin ayırıcı bir noktaya sahip olmadığını belirtmiş, ayrıca yapılan yargılamada da buna yönelik bir tespitle bulunulmadığını vurgulamıştır. Buna göre görülmekte olan davada sanığın yalnızca bahsi geçen hukuka aykırı fiilleri savunan bir örgüte olması sebebiyle cezalandırılmasını 1. ek maddenin ihlali olarak değerlendirmiş ve mahkumiyet hükmünü bozmuştur¹³¹.

Bu kararla birlikte Yüksek Mahkeme, özellikle hukuka aykırı amaçlara ulaşılması için şiddet kullanımının savunulmasına yönelik bir ifadenin, ancak ilgili fiillerin yakın gelecekte gerçekleştirilmesini olası hale getirmesi ya da doğrudan gerçekleştirilmesini sağlaması ve genel olarak da bu hususları gerçekleştirmeye elverişli olması halinde sınırlandırılabilmesine kanaat getirmiştir. Böylece 1. ek maddenin ifade özgürlüğü için sağladığı korumanın kapsamı genişletilmiştir.

Bu içtihatların gösterdiği üzere, Yüksek Mahkeme, hedef alınan ifade şekillerinin ortaya koyulmasının, bu ifadelerin başkalarını hukuka aykırı fiilleri işlemeye tahrik etmeye elverişli olmasını; ayrıca söz konusu ifadelerin, bu hukuka aykırı fiillerin yakın gelecekte gerçekleştirilmesini sağlamasını yani somut bir tehlike oluşturmasını şart olarak aramaktadır. Bu anlamda “açık” kavramının şüpheye yer vermeyecek şekilde bir tehlikenin söz konusu olduğunu; mevcut kavramının ise söz konusu ifadelerin zararı meydana getirme olasılığının kesine yakın olduğunu ifade ettiği söylenebilecektir¹³².

¹³¹ Brandenburg v. Ohio, §448-449.

¹³² Zühtü Arslan, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık ve Mevcut Tehlikenin Tehlikeleri”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S:24, Y:6, 2001, s.18 (Anıls: Açık ve Mevcut Tehlike).

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve AİHM İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü ve Sınırları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'İfade Özgürlüğü' başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası, herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğunu hüküm altına almaktadır¹³³. Diğer birçok düzenlemede olduğu gibi Sözleşme de ifade özgürlüğünü mutlak bir hak olarak düzenlememiş, 10. maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırlandırılma şartlarına yer vermiştir.

AİHS bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için sınırlama teşkil eden müdahalenin bir kanuna dayanması, sınırlamanın meşru bir amaç için yapılması ve bu amaçların gerçekleştirilmesinin demokratik toplumun bir gereği olması şartları aranmaktadır. Aşağıda AİHM'in bu şartlara ilişkin değerlendirmesi ele alınacaktır.

b. AİHM'in İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin Benimsediği Ölçütler

AİHM, bir hakkın ihlal edildiğine dair yapılan başvuruyu incelerken sırasıyla ihlal edildiği iddia edilen hakkın Sözleşme'de korunan bir hak olup olmadığını, Sözleşme'de korunan bir hak olması halinde taraf devletin bu hakka müdahale teşkil eden bir uygulama (sınırlandırma) yapıp yapmadığını, müdahalenin varlığı halinde bu müdahalenin Sözleşme'ye uygun bir sınırlandırma teşkil edip etmediğini araştırmaktadır. Bu değerlendirmenin konu itibarıyla tartışmaya en açık kısmını

¹³³ AİHS md.10 "1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğu oluşturmaktadır. Sözleşme'ye uygun bir sınırlandırmadan söz edilebilmesi için aşağıdaki şartların sağlanması gerekmektedir.

(1) Sınırlandırmanın Kanuna Dayanması

İfade özgürlüğünün Sözleşme'ye uygun şekilde sınırlandırıldığından söz edilebilmesi için öncelikle, ifade özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilebilecek fiilin bir kanuna dayanması gerekmektedir. Türk Hukuku'nda temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilenekte olup (Anayasa md.12), hukukumuzda kanun kavramı ile “*şekli anlamda kanun*” ifade edilmektedir. Bir düzenlemenin şekli anlamda kanun niteliğini haiz olabilmesi için yasama organı tarafından belirli özel usullere uyularak ve kanun adı altında çıkarılmış olması gereklidir¹³⁴. AİHM ise kanun kavramını “*maddi anlamda kanun*” olarak kabul etmektedir¹³⁵. Şekil itibarıyla belirli makamlarca çıkarılması gerekmemeyle birlikte kesin, açık, herkes tarafından ulaşılabilir ve öngörülebilir olan düzenlemeler, maddi anlamda kanun kabul edilmektedir¹³⁶. Böylece diğer nitelikleri taşıması halinde, bir yönetmelik veya genelge ile de ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi mümkün olmaktadır.

(2) Sınırlandırmanın Meşru Bir Amaç İçin Yapılması

AİHS md.10/2, sınırlandırmanın ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına

¹³⁴ Karagöz, “İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2004, s.95

¹³⁵ Karagöz, *a.g.e.*, s.98.

¹³⁶ Article 29 Data Protection Working Party, **Opinion on the Necessity and Proportionality**, (Çevrimiçi), https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51517, *E.T. 20.04.2018*, s.5; Kasım Karagöz, , *a.g.e.*, s.99; Kocasakal, Aksoy, Memiş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, İstanbul, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s.31; Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *TBB*, S:106, 2013, s.51.

alınması amaçlarıyla yapılabileceğine işaret etmektedir. Bu sebeplere ek olarak, md.10/1’de yer alan “*Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*” hükmüyle de basın organlarının faaliyetlerine yönelik izin usulü öngörülmesi özel durumu da ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği bir alan olarak gösterilmektedir. Bu sebepler, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için birer meşru amaç teşkil etmektedirler. Sınırlı sayıda sayılmış olan bu sebepler dışında bir sebebe dayanarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün değildir.

AİHM, özgürlüklerin esas, sınırlandırma rejiminin ise istisnai olmasını kabul ederek bahsi geçen sebeplerin dar yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır¹³⁷.

(3) Sınırlandırmanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

AİHM, kanuna dayanan ve meşru bir amaç için gerçekleştirilen sınırlandırmanın Sözleşme’ye uygun olması için demokratik bir toplumda gerekli olmasını aramaktadır. Demokratik toplumda gereklilik kavramı ilk kez Handyside v. Birleşik Krallık davasında açıklanmıştır¹³⁸. Bu kararda ifade özgürlüğü ile demokratik bir toplum arasındaki ilişki “*İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini, demokratik bir toplumun gelişmesinin ve insanların ilerlemesinin temel koşullarından birini teşkil etmektedir.*”¹³⁹ şeklinde açıklanmıştır. Aynı davada AİHM, ifade özgürlüğünün mahiyetini şu şekilde tespit etmiştir “*Sözleşme’nin 10. maddesinin ikinci fıkrası yalnızca hoşça giden ya da kırıcı olmayan veya aldırış edilmeyecek bilgi ve düşüncelere değil; aynı zamanda, devlete veya toplumun herhangi bir kesimine yönelik kırıcı, şok edici veya rahatsızlık verici ifadeler için de uygulama alanı bulur. Demokratik toplumun zorunlu unsuru olan çoğulculuk, hoşgörü*

¹³⁷ Karagöz, **a.g.e.**, s.104.

¹³⁸ Article 29 Data Protection Working Party, **a.g.e.**, s.6; Karagöz, **a.g.e.**, s.105.

¹³⁹ Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>, E.T.07.06.2018, §49.

ve açık fikirlilik bunu gerektirir.”¹⁴⁰. Mahkeme, bu görüşünü ifade özgürlüğünün ihlalinin tartışıldığı hemen her kararında yinelemektedir¹⁴¹.

Mahkeme, meşru amaca dayanan bir sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olması bakımından “gerekliklik” kavramını Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında verdiği kararda ortaya koyulmuştur¹⁴². Bu karara göre “gerekli” sıfatı “zorunlu” sıfatı ile eş anlamlı olmadığı gibi “kabul edilebilir”, “sıradan”, “yararlı”, “makul”, “talep edilen” sıfatlarının esnekliğine de sahip değildir. Bu bakımdan demokratik toplumda gerekli olma ifadesi, (sınırlandırma teşkil eden) müdahalenin “zorlayıcı toplumsal ihtiyaca” karşılık gerçekleştirilmesi ve ulaşılmak istenen meşru amaç için ölçülü olması anlamına gelmektedir¹⁴³.

Bu şekilde Mahkeme, demokratik toplumda gerekliliği, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın bulunması ve sınırlandırmanın bu ihtiyaca cevap ve ölçülü olması ile açıklamaktadır. Bu doğrultuda öncelikle zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramının ne anlama geldiği açıklanmalıdır.

Mahkeme, her ne kadar demokratik toplumda gerekliliğinin esasını zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ile açıklasa ve her kararında bu kavrama yer verse de neyin zorlayıcı toplumsal ihtiyaca tekabül ettiğini özel olarak belirtmemiştir. İnsan hakları hukukunun gelişen ve değişen bir alan olması, Sözleşme’nin de “yaşayan bir enstrüman” (“*The ECHR as a Living Instrument*”) ¹⁴⁴ kabul edilmesi sebebiyle, bu kavramın kapsamı yılları içinde gelişen içtihatlar ile belirlenmeye çalışılmıştır.

¹⁴⁰ Handyside v. Birleşik Krallık, §49.

¹⁴¹ Türkiye Komünist Partisi v. Türkiye, 133/1996/752/951, 30.01.1998, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128>, E.T.07.06.2018, §43; Radio Twist A.S. v. Slovakya, 62202/00, 19.03.2007, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78603>, E.T.07.06.2018, §47; Delfi AS v. Estonya, 64569/09, 16.06.2015, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105>, E.T.07.06.2018, §47.

¹⁴² Steven Greer, *The Exceptions to Article 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997, s.14; Karagöz, **a.g.e.**, s.111.

¹⁴³ Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 5947/72-6205/73-7052/75-7107/75-7113/75-7136/75, 25.03.1983, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57577>, E.T.07.06.2018, §97.

¹⁴⁴ Maša Marochini, “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”, **Zbornik Radova Pravog Fakulteta u Splitu**, God:51, 1/2014, s.77; Mehmet Şerif Yılmaz, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s.78; Renucci, **Introduction to the ECHR**, s.122; Kanstantsin Dzehtsiarou, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights” **German Law Journal**, Vol.12, No.10, 2011, s.1731.

Söz konusu içtihatlardan yola çıkarak zorlayıcı toplumsal ihtiyacın “*sınırlama ile ulaşılmak istenen meşru amaçla bağlantılı olarak yüksek seviyede şiddeti, aciliyeti veya yakınlığı*” ifade ettiği söylenebilir. Bu unsurların varlığı olay bağlamında gerçekleşen birçok faktörün dikkate alınmasını gerektirmektedir¹⁴⁵. Bu da zorlayıcı toplumsal ihtiyacın tespit edilmesinde her somut olayın ayrı ayrı değerlendirileceği anlamına gelmektedir. Mahkeme, somut olayı değerlendirirken, müdahalenin toplumun bir kesimi veya tamamı için zarara veya kötü bir etkiye sebep olabilecek bir şeye karşı gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, müdahalenin böyle bir zararı veya etkiyi azalttığına veya ortadan kaldırdığına yönelik bir delilin mevcut olup olmadığını, müdahaleye sebep olan ifadenin gerçekleştiği toplumun tarihi, sosyal veya siyasi geçmişine ilişkin özelliklerini, müdahale aleyhine dile getirilen ve göz önünde tutulması gereken toplumsal bir muhalefetin mevcut olup olmadığını incelemektedir¹⁴⁶. Bu unsurların her toplumda ve gerçekleşen her olayda farklı nitelik göstermesi sebebiyle, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın sübjektif bir kavram olduğu söylenebilecektir.

Örneğin Mahkeme, *Sürek v. Türkiye (No.1)* davasında, başvurusunun yöneticisi olduğu Haberde Yorumda Gerçek isimli dergide yayımladığı “*Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez*” ve “*Suç Bizim*” başlıklı mektuplarda yer alan “*katliam*”, “*zulüm*” ve “*cinayet*” gibi göndermelerin yanı sıra, “*Faşist Türk ordusu*”, “*TC cinayet çetesi*” ve “*emperyalizmin kiralık katilleri*” gibi ibarelerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, mektupların, 1985’ten bu yana çok ciddi can kayıplarına neden olan ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet veren çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu’daki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olmasını dikkate almış, bu mektupların, şiddet ve nefretin körüklenmesi bakımından yazarı için bir araç teşkil ettiğine kanat getirmiştir. Mahkeme, bu

¹⁴⁵ Article 29 Data Protection Working Party, **a.g.e.**, s.7; Özbey, **a.g.e.**, s.56.

¹⁴⁶ Greer, **a.g.e.**, s.14; Article 29 Data Protection Working Party, **Opinion on the Necessity and Proportionality**, s.8; Zana v. Türkiye, 69/1996/688/880, 25.11.1997, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58115>, E.T. 07.06.2018, §50-59.

mektupları yayımlaması sebebiyle başvuruçuya verilen cezanın zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşıladığı sonucuna varmıştır¹⁴⁷.

İfade özgürlüğü kapsamında zorlayıcı toplumsal ihtiyacın, ifadenin ortaya koyulması halinde, o toplumda meydana gelen bir tehlikeye tekabül ettiği söylenebilmektedir. Bu tehlikenin varlığı ise söz konusu ifadenin sınırlandırılmaması halinde ifadenin ortaya koyulduğu toplumun sübjektif özellikleri dikkate alınarak, toplumun zarar görme ihtimalinin öngörülmesine bağlıdır. Mahkeme, toplumun sübjektif özellikleri bağlamında yapılacak bir değerlendirme sonucu söz konusu ifadenin toplumda bir zarar meydana getirme ihtimalini ilgili ve yeterli delillerle kanıtlayan devletin Sözleşme'ye uygun davrandığını ifade etmektedir¹⁴⁸. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ilgili ve yeterli delillerle ispatlanamaması halinde ise ifade özgürlüğü ihlal edilmiş kabul edilmektedir¹⁴⁹.

(4) Sınırlandırmanın Denetlenmesinde Gözetilen Diğer Ölçütler

AİHM, kanuna dayanan ve meşru bir amaç için yapılan sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, temelde zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramına dayandırarak belirlemekle birlikte, ikincilik ilkesini, taraf devletin o özgürlüğe ilişkin takdir yetkisini ve sınırlandırmanın ölçülülüğünü de dikkate almaktadır. Sınırlandırma rejiminin tam anlamıyla açıklanabilmesi amacıyla aşağıda bu ilkelere kısaca değinilecektir.

İkincilik ilkesi, taraf devletlerin sözleşmede korunan hak ve özgürlükleri koruma noktasında asıl sorumlu olduğunu, bu yetki bağlamında diğer hak ve özgürlüklere de müdahale edebileceğini; ancak bu sınırlandırmanın denetiminin AİHM tarafından yapılacağını ifade etmektedir. Temel hak ve özgürlükleri birincil

¹⁴⁷ Sürek v. Türkiye (No.1), 26682/95, 08.07.1999, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58279,E.T.07.06.2018>, §64.

¹⁴⁸ Zana v. Türkiye, §61.

¹⁴⁹ Zana v. Türkiye, §61.

olarak korumakla görevli olan taraf devletleri, yapılan sınırlandırmalar üzerinden denetleyen AİHM'in koruma mekanizması ikincil niteliktedir¹⁵⁰.

Takdir yetkisi, “*Mahkeme’nin bir özgürlüğün sınırlandırılması bakımından taraf devletlere Sözleşme’deki yükümlülüklerini yerine getirmesi için belirli bir değerlendirme alanı bırakması*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵¹. Takdir yetkisi öğretisinin Sözleşme veya ek protokollerinde ya da Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında yer alan açık bir dayanağı yoktur. Mahkeme, ilk kez tam anlamıyla *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Hollanda* davasında bu öğretiye ilişkin açıklamalar yapmıştır¹⁵². Mahkeme bu davada takdir yetkisine ilişkin olarak “*Verilen bilgiler ışığında, mevcut olayda Belçikalı yetkililerin Sözleşmenin 8/2. maddesinin taraf devletlere tanıdığı takdir yetkisini aşmadığı görülmüştür. Kişilerin serserilik yapmaları sebebiyle gözaltına alınmaları durumunda dahi yetkililerin, suçun önlenmesi, sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için bu uygulamanın gerçekleştirilmesinin gerekli olduğuna inanmaları için yeterli sebepleri olduğu kabul edilmektedir.*” şeklinde bir tespitte bulunulmuştur¹⁵³. Takdir yetkisinin tanınmasına ilişkin kapsamlı bir açıklama ise aynı yıl karara bağlanan *Handyside v. Birleşik Krallık* davasında ortaya koyulmuştur¹⁵⁴. Buna göre, her toplumun hukuki meselelere bakış açısı zamanla değişmektedir. Toplumda meydana gelen dönüşüm ise toplumla doğrudan temas halinde olan yöneticiler tarafından iyi şekilde gözlemlenebilmektedir. Bu bakımdan meydana gelecek toplumsal bir ihtiyacın mahiyeti ve bunu karşılamak için uygulanacak bir sınırlandırmanın tespitinde, taraf devletin yöneticileri, uluslararası hakimlerden daha iyi konumda yer almaktadırlar¹⁵⁵. Bu kararlar birlikte Mahkeme, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap olacak müdahale konusunda devletlerin kendisine göre daha iyi gözlem yapabileceğini, bu sebeple de

¹⁵⁰ Karagöz, **a.g.e.**, s.121.

¹⁵¹ Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, S:4, 2013, s.365.

¹⁵² Şirin, **a.g.e.**, s.368.

¹⁵³ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, 2832/66-2835/66-2899/66, 18.06.1971, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57606>, E.T.07.06.2018, §93.

¹⁵⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s.275; Karagöz, **a.g.e.**, s.115; Atakan, **Takdir Yetkisi**, s.32.

¹⁵⁵ Handyside v. Birleşik Krallık, §48.

sınırlandırma konusunda belirli bir hareket özgürlüğüne sahip olmaları olması gerektiğini kabul etmektedir.

Bununla birlikte devletlerin takdir yetkisi her ihtimalde eşit düzeyde değildir. Takdir yetkisinin dar ya da geniş olması, Sözleşme’de korunan hakların türlerine göre değişmektedir. Çekirdek haklar olarak kabul edilen yaşam hakkı ile işkence, kötü muamele, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı bakımından devletlerin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Usuli haklar olan özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı bakımından takdir yetkisinin geniş olduğu kabul edilmektedir. Kişisel haklar olan özel hayatın gizliliği hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğü bakımından takdir yetkisi ise sınırlama nedenlerine göre değişkenlik göstermektedir¹⁵⁶.

Takdir yetkisinin dar ya da geniş olması aynı zamanda ilgili konuda Avrupa’da bir uzlaşma olup olmadığına göre de farklılık göstermektedir. Devletlerin bir konuya ilişkin belirli standartlar belirleyip bir uzlaşma sağlamış olmaları halinde, takdir yetkisi dar kabul edilecek ve taraf devletin müdahale alanı kısıtlı olacaktır. Ancak konuya ilişkin bir uzlaşma mevcut değilse, devletlerin takdir yetkisi geniş kabul edilecek ve taraf devletin müdahale alanı daha geniş olacaktır¹⁵⁷.

Ölçülülük ilkesi, *Handyside v. Birleşik Krallık* davasında belirttiği üzere, taraf devletin Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüğe yönelen müdahalesinin, ulaşılmak istenen meşru amaç için ölçülü olmasını gerektirmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Şirin, **a.g.e.**, s.369-372; Arda Atakan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”, **MÜHF-HAD**, C:16, S:3-4, s.34; Öykü Didem Aydın, “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, **HHFD**, C:1, S:2, s.42 (Anılış: Düşünce Özgürlüğü); Ezgi Ceren Özlü, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2015, s.60; Jean-Paul Costa, “The European Court of Human Rights and Its Recent Case Law”, **Texas International Law Journal**, Vol:38, s.465; takdir yetkisinin Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin ayrıntılı uygulaması için bkz.: Şirin, **a.g.e.**, s.369 vd.

¹⁵⁷ Murat Tümay, “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Ankara Law Review**, Vol:5, No:2, 2008, s.215; Atakan, **a.g.e.**, s.33; Karagöz, **a.g.e.**, s.115; Hasan Tahsin Fendoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **TAAD**, S:25, 2016, s.15.

¹⁵⁸ “Diğer koşulların yanında, bu bakımdan uygulanacak bir muamele, şart, sınırlama veya ceza ulaşılmak istenen meşru amaç için ölçülü olmalıdır.” *Handyside v. Birleşik Krallık*, §49.

Ölçülülük denetiminin üç aşaması bulunmaktadır: elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık. Elverişlilik, hak ve özgürlüğün sınırlandırılması için kullanılan aracın ulaşılmak istene amaç için uygun olması, bu amaca ulaşılması bakımından katkı sunabilmesi yani amaca ulaşılması için elverişli olmasını ifade etmektedir. Zorunluluk, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirecek “*en az sınırlayıcı aracın*” (“*least restrictive mean*”) diğer bir deyişle en hafif müdahale yönteminin kullanılması anlamına gelmektedir. Eğer bir amaca ulaşmak için elverişli birden fazla araç mevcutsa, bunlardan en az sınırlayıcı olanı tercih edilmelidir. Daha az sınırlayıcı olmakla birlikte elverişsiz araçların kullanılması zorunluluk denetimi bakımından değerlendirilmez. Orantılılık ise hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sonucu bu hak ve özgürlüğün sahibine gelen yük ile sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç yani korunmak istenen değer arasında bir denge kurulmasıdır¹⁵⁹.

c. Değerlendirme

AİHM, Sözleşme’ye uygun bir müdahaleden bahsedebilmesi için, diğer şartların yanı sıra, müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşı gerçekleştirilmesini ve ölçülü olmasını aramaktadır. Özellikle ifade özgürlüğü bağlamında zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramı ele alındığında ise, ifadenin gerçekleştirilmesi sonucu toplumda bir zarar meydana gelmesi ihtimalinin ilgili ve yeterli kanıtlarla ortaya koyulması aranmaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için bir zarar doğmasının beklenmesine gerek görmemekte ve zarar ihtimalinin yani tehlikenin mevcut olduğunun tespitini yeterli bulmaktadır. Bu bakımdan söz konusu tehlikenin, delillerle ortaya koyulan “*somut bir tehlike*” olduğu anlaşılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin sosyo-politik özellikleri ve tarihi örnekleri, ifade niteliği taşıyan belirli fiillerin gerçekleştirilmesinin toplum bakımından bir zarar meydana getirebileceğinin kabul edilmesine yol açmış olmalı ki, ceza kanunlarımızda böyle bir zararı meydana getirme ihtimali olan ifadeler pek çok kez suç olarak

¹⁵⁹ Karagöz, **a.g.e.**, s.126-128; Mehmet Yüksek, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **TAAD**, S:25, 2016, s.139.

düzenlenmiştir. Bu suçların gerçekleştirilmesinin, zarar ihtimali olarak tanımlanabilecek bir tehlike arz ettiği kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir. Suçu ve suçluyu övme suçu, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu veya suç işlemeye tahrik suçu bu tehlike suçlarına örnek gösterilebilir. Dolayısıyla, AİHM içtihatlarıyla da uyumlu olarak, tehlike suçu şeklinde düzenlenen ve bir ifadenin suç teşkil etmesini ve yaptırma tabi tutulmasını öngören düzenlemeler bu bakımdan Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için, bu ifadenin ortaya koyulması sonucu bir tehlikenin meydana geleceğinin ilgili ve yeterli kanıtlarla ortaya koyulması gerektiğine ilişkin prensibi, özellikle soyut tehlike suçları bakımından ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, soyut tehlike suçları fiilin işlenmesi ile bir tehlikenin meydana geldiğinin kanunen kabul edildiği suçlardır. Bu suçlarda, yargılama makamları ayrıca bir tehlikenin gerçekten meydana gelip gelmediğini araştırmamaktadır. Bu bakımdan yalnızca fiilin gerçekleştirilmesinin tehlikeyi meydana getirdiği şeklindeki kabule dayanan soyut tehlike suçlarına ilişkin düzenlemelerin, meşru bir sınırlandırma için tehlikenin mevcudiyetinin delillerle ortaya koyulması gerekliliği ile çeliştiği görülmektedir.

3. Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Türk hukukunda ifade özgürlüğü kavramının sadece düşünce ve kanaate sahip olma özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan düşünce ve kanaati açıklama ve yayma, buna bağlı olarak haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini de kapsadığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede ifade özgürlüğü; *“bireylerin serbestçe haber, bilgi ve başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla*

serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelmektedir”¹⁶⁰.

Türk hukukunda ifade özgürlüğü Anayasa’da koruma altına alınmış bir özgürlük olup, sınırlandırılması hususunda öncelikle Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) buna ilişkin değerlendirmelerine yer verilmelidir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğüne en ağır müdahaleyi ceza hukukunun teşkil etmesi, ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin ölçütlerin Yargıtay içtihatlarında sıkça tartışılmasına neden olmuştur. Bu sebeple aşağıda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının Türk hukuku bakımından değerlendirilmesinde bu iki merciin görüşleri, ilgili yerlerde AİHM içtihatlarıyla karşılaştırma yapılarak ortaya koyulacaktır.

a. Anayasa Mahkemesi İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

1981 tarihli TC Anayasası’nın “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti” başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrası, *“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.”* hükmüyle, ifade özgürlüğüne anayasal bir koruma getirmiştir. Mutlak bir hak olarak kabul edilmeyen ifade özgürlüğü, AY md.26/2’de gösterilen sebeplerle ve md.13 ve 14’te gösterilen usullerle bir sınırlandırma rejimine tabi tutulmuştur.

Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın, Anayasa’da gösterilen sebeplere dayanılarak ve ancak bir kanunla

¹⁶⁰ Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, B.N.2014/4705, T.29.05.2014, §47; ayrıca bkz. Emin Aydın Başvurusu, B.N.2013/2602, T.23.01.2014, §43 “Anayasa’da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar ‘söz, yazı, resim veya başka yollar’ olarak ifade edilmiş ve ‘başka yollar’ ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.”, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.23.06.2018.

sınırlanabilir. Aynı zamanda sınırlamanın, Anayasa'nın sözü ve ruhuna, demokratik toplu düzenine ve laik cumhuriyetin gereklilerine uygun ve ölçülü olması gerekmektedir. Anayasa'da yer alan bu sınırlama rejimi, Sözleşme'de yer alan düzenlemeler ve AİHM'in buna ilişkin değerlendirmeleriyle benzerlik göstermektedir. Sınırlamanın bir kanuna dayanması, Anayasa'da gösterilen sebeplerden biri için yapılması ve demokratik bir topluma uygunluğu iki rejimin de aradığı koşullardandır. AİHM'in demokratik toplumda gereklilik ölçütünü destekleyen ilkelerden biri olarak gördüğü ölçülülük ilkesi, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından temel ölçütlerden biri olarak düzenlenmiştir.

(1) Bir Müdahalenin Varlığı

İfade özgürlüğünün ihlal edildiğinden söz edebilmek için öncelikle bu özgürlüğü sınırlandıran bir müdahalenin bulunması gerekmektedir. Örneğin ifade özgürlüğü bağlamında bir kitap yayınlayan kişinin kitabının toplatılması ya da ifade ettiği düşünceleri sebebiyle kişi hakkında cezaya hükmedilmesi ifade özgürlüğüne yönelik müdahale teşkil etmektedir. Sınırlandırma rejiminin bu kısmı inceleme konusu olan suçu ve suçluyu övme suçu bakımından tartışmalı bir husus ihtiva etmemektedir.

(2) Müdahalenin Kanuna Dayanması

Yukarıda açıklandığı üzere, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından AİHS ile Anayasa'nın esas aldığı "*kanun*" ölçütü farklılık arz etmektedir. AİHM, "*maddi anlamda kanun*" niteliğini haiz herhangi bir düzenleyici işlemle hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilceğini kabul etmekteyken, Türk Hukuku bakımından kanun ifadesi, "*şekli anlamda kanun*" olarak anlaşılmaktadır¹⁶¹. Ancak AYM, düzenlemenin, yalnızca yasama organı tarafından özel usullerle çıkarılmış olması sebebiyle şekli anlamda kanun sıfatını almasını yeterli görmemiştir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8.maddesinin iptaline ilişkin yaptığı

¹⁶¹ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s.122.

incelemede AYM, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenlemenin şekli anlamda kanun niteliğini haiz olmasını, aynı zamanda maddi anlamda kanunun gerektirdiği özellikleri de taşıması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlandıracak (şekli anlamda) kanun öncelikle “belirlilik ilkesi” ile uyumlu olmalıdır. Kanunda yer alan ve sınırlandırma rejiminin uygulanmasını sağlayan hükümlerin açık, anlaşılır ve nesnel olması, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına olanak tanınamaması gerekir. Düzenlemenin kanun olarak kabul edilebilmesi için belirli olmasının yanı sıra öngörülebilir ve erişilebilir olması da gerekmektedir^{162 163}.

(3) Müdahalenin Meşru Bir Amaç İçin Yapılması

Anayasa’nın 26.maddesinin ikinci fıkrası, ifade özgürlüğünün, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçun önlenmesi, suçlunun cezalandırılması, devlet sırrı olarak belirlenen bilgilerin açıklanmasının engellenmesi, başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının veya meslek sırlarının korunması ve

¹⁶² Kararda belirlilik, öngörülebilirlik ve erişilebilirliğe ilişkin olarak “Bu açıdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir olması da gerekir.” tespitinde bulunulmuştur (Bkz.: AYM İptal Kararı, E.2015/76, K.2017/153, T.15.11.2017, (Çevrimiçi),

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/genelkurul/detay/pdf/2017-153.pdf>, E.T. 10.11.2018).

¹⁶³ 5651 s. Kanun’un 8. ve 9. maddeleri, öncelikle yalnızca ilgili içeriğin engellenmesinin, bu şekilde yapılan bir engelleme ile amaca ulaşamıyorsa, internet sitesinin tümüne erişimin engellenmesinin söz konusu olabileceğini düzenlemiştir. Ancak çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan içeriklere yönelik olarak erişim engeli kararının re’sen TİB (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından verileceği belirtilmekle birlikte bunun aşamalı olarak yapılıp yapılmayacağına ilişkin bir ayrıntıya yer verilmemiş, ilgili içeriğin engellenmesi yoluna başvurulmadan doğrudan internet sitesine erişimin engellenmesine dair erişim kararı verilebilmesini engelleyen bir açıklama yapılmamıştır. 5651 s. Kanun’un 8.maddesinin dördüncü fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından kamu otoritelerine ölçüsüz bir müdahalede bulunma imkanı tanıyan belirsiz bir düzenleme teşkil etmesi sebebiyle Anayasa’nın 13., 22. ve 26. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (AYM İptal Kararı, §30-33).

yargılama görevinin gereğine uygun şekilde yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceğini öngörmektedir.

AİHM içtihatlarında olduğu gibi, AYM içtihatlarında da sınırlamanın meşru bir amaç için yapılması şartı bakımından genellikle ihlal kararı verilmesini gerektiren bir sorun doğmadığı için bu incelemenin çok detaylı yapılmadığı görülmektedir.

(4) Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekli Olması

AYM ifade özgürlüğü ile demokratik toplum düzeni arasındaki ilişkiyi “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.”¹⁶⁴; “İfade özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla ifade özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir”¹⁶⁵ şeklinde açıklamaktadır.

AYM de AİHM gibi, sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken olayın koşullarını dikkate almaktadır. TİB tarafından Twitter.com isimli internet sitesine yönelik erişim engeli kararı alınmasını esas alan *Yaman Akdeniz ve Diğerleri* başvurusunda bu husus “Demokratik toplum düzeninin

¹⁶⁴ Emin Aydın Başvurusu, §41; Bekir Coşkun Başvurusu, B.N.2014/12151, T.04.06.2015, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.23.06.2018, §35.

¹⁶⁵ Ali Rıza Üçer Başvurusu (2), B.N.2013/2015, T.02.07.2015, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.23.06.2018, §28.

gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.”¹⁶⁶; “Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir.”¹⁶⁷ şeklinde açıklanmıştır.

AYM’nin demokratik toplumda gerekli olma şartını incelerken AİHM içtihatlarından yola çıkarak, sınırlamanın zorunlu ya da istisnai ve başvurulabilecek en son çare veya tedbir olması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre eğer bir tedbir zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın karşılanması veya en son çare niteliğini haiz değilse, demokratik toplumda gerekli değildir¹⁶⁸.

Özellikle ifade özgürlüğü bakımından zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığının araştırılmasında ifadede bulunanın sıfatı, hedef alınanın kimliği, tanımlılık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi unsurların dikkate alınacağı belirtilmiştir¹⁶⁹. Bunlar dikkate alınarak yapılan değerlendirme sonucu zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın oluştuğu ise ancak ilgili ve yeterli delillerle desteklenmesi halinde kabul görecektir. Diğer bir

¹⁶⁶ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, B.N.2014/3986, T.02.04.2014, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.23.06.2018, §41; Emin Aydın Başvurusu, §49.

¹⁶⁷ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, §44; Emin Aydın Başvurusu, §51; Tuğrul Culfa Başvurusu, B.N.2013/2593, T.11.03.2015, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.23.06.2018, §32.

¹⁶⁸ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, §41; Tuğrul Culfa Başvurusu, §33; Ali Rıza Üçer Başvurusu (2), §41; Bekir Coşkun Başvurusu, §56.

¹⁶⁹ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, §41; Bekir Coşkun Başvurusu, §57; AYM, olayın somut koşullarına göre değerlendirme yapılacağına ilişkin olarak “AİHM de yerleşik içtihatlarında düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır.” görüşünü dile getirmiştir. Bkz.: Fatih Taş Başvurusu, B.N.2013/1461, T.12.11.2014, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.23.06.2018, §100.

deyişle AİHM gibi AYM de, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için zorlayıcı toplumsal ihtiyacın doğduğunun kanıtlanmasını şart olarak aramaktadır¹⁷⁰.

(5) Müdahalenin Ölçülü Olması

Ölçülülük, bir hakkın sınırlandırılması için kullanılan aracın, bu sınırlandırma ile ulaşılmak istenen amaca uygunluğunun tespitinde kullanılan bir ölçüttür¹⁷¹. Diğer bir deyişle ölçülülük, hakkın sınırlandırılması için kullanılan aracın ulaşılmak istenen amaçla arasındaki hukuka uygunluk ilişkisini göstermektedir¹⁷². AYM ölçülülük ilkesini, bir hakkın sınırlandırılması bağlamında ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak kullanılan aracın denetlenmesi olarak tanımlamıştır¹⁷³.

Ölçülülük ilkesinin üç ana unsuru bulunmaktadır: elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık.

Elverişlilik, bir hakkın sınırlandırılması için başvuru aracın, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye katkı sağlayabilmesini ifade etmektedir. Eğer müdahaleyi gerçekleştiren araç amacın gerçekleştirilmesine bir katkı sunamıyorsa, elverişsiz kabul edilir¹⁷⁴. Aracın amacı gerçekleştirmeye elverişsiz olması durumunda, sınırlama ölçüsüz hale gelir.

¹⁷⁰ Tuğrul Culfa Başvurusu, §57-58, kararda bu hususa ilişkin olarak “İlk Derece Mahkemesi söz konusu gazete haberlerinde yer alan ifadelerden dolayı başvuru aracının ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalenin hangi surette acil bir ihtiyacı karşıladığını ve davacının şeref ve itibarına yapılan müdahalenin cezalandırılmasının başvuranın ifade özgürlüğünden neden daha ağır bastığını da ikna edici bir biçimde ortaya koyamamıştır. Mahkeme, söz konusu ifadelerin davacının kariyerini veya özel hayatını nasıl etkilediğini de gösterebilmiş değildir. (...) Sonuç olarak, İlk Derece Mahkemesinin ileri sürdüğü gerekçeler, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için yeterli ve ilişkili bir gerekçelendirme niteliğinde değildir. Bu nedenle derece mahkemelerinin, ilgili hakların koruduğu menfaatler arasında adil bir denge kurmayı başardığı söylenemez. Dolayısıyla, şikâyet konusu müdahalenin, Anayasa’nın 13. maddesi kapsamında “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı anlaşılmaktadır.” tespitinde bulunmuştur. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz.: Fatih Taş Başvurusu, §99, Mehmet Ali Aydın Başvurusu, B.N.2013/9343, T.04.06.2015, (Çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.23.06.2018, §82.

¹⁷¹ Saadet Yüksel, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, İstanbul, Alfa Basım Yayın, 2015, s.223

¹⁷² Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, **SDÜHFD**, C:7, S:1, 2017, s.6.

¹⁷³ Tuğrul Culfa Başvurusu, §35; Ali Rıza Üçer Başvurusu (2), B.N.2013/2015, T.02.07.2015, §44; Bekir Coşkun Başvurusu, §54; Fatih Taş Başvurusu, §96.

¹⁷⁴ Metin, **a.g.e.**, s.8; Yüksel, **a.g.e.**, s.230.

Zorunluluk, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için elverişli bir aracın kullanıldığı bir durumda, aracın, müdahalede bulunan hakkı “*en az sınırlayan aracın*” (“*least restrictive mean*”) kullanılması gerekliliğini ifade eder¹⁷⁵. Şüphesiz ki bir hakkı sınırlandırmanın pek çok yöntem vardır. Bu yöntemlerden her biri hakkı farklı ölçülerde sınırlandırmaktadır. Bu araçlardan her birinin hakkı en az sınırlandırandan en fazla sınırlandırana doğru sıralanıp, amacı gerçekleştirmeye elverişli olanlarının seçilmesi, bu elverişli araçlardan da en az müdahalede bulunanın kullanılması ölçülü bir sınırlandırma için zorunludur¹⁷⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hakkı daha az sınırlandıran ancak elverişli olmayan bir aracın varlığı halinde bu aracın kullanılmamasının bir ihlal teşkil etmeyeceğidir. Zorunluluk unsuru ancak elverişli araçlar arasındaki bir kıyaslamaya dayanabilir¹⁷⁷.

Orantılılık ise, müdahale sebebiyle kişinin özgürlüğü üzerindeki yük ile müdahalenin gerçekleştirilmesi ile ulaşılmak istenen amaca yapılan katkı arasındaki makul dengedir¹⁷⁸. Sınırlandırma nedeni olabilecek meşru amaçlar göz önüne alındığında bunların esasen bireysel veya toplumsal hakları ve değerleri koruduğu görülmektedir. Korunan bu hak ve değerler ile kişinin sınırlandırılan özgürlüğü yani çatışan iki değer arasındaki ölçü orantılılık unsurunu karşılamaktadır¹⁷⁹. Orantılılık ilkesi bu bakımdan dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak da kabul edilmektedir¹⁸⁰. Müdahalenin orantılı olup olmadığı, somut olayda korunması amaçlanan hak ve değerlere yönelik tehlikenin ağırlığı ile özgürlüğe getirilen sınırlamanın ağırlığı karşılaştırılarak tespit edilir¹⁸¹. AYM, orantılılık unsurunun, daha hafif bir müdahale yöntemine başvurulma imkanı varken hak veya özgürlükten yararlanacak kişilere daha

¹⁷⁵ Yüksel, **a.g.e.**, s.234; Metin, **a.g.e.**, s.11.

¹⁷⁶ Metin, **a.g.e.**, s.12; Yüksel, **a.g.e.**, s.235.

¹⁷⁷ Örneğin, kendisine bir internet sitesinde yayınlanan içerik aracılığıyla hakaret edilen kişinin kişilik haklarının korunması amacı bakımından bu içeriğin internet sitesinden kaldırılması da internet sitesine erişimin tamamen engellenmesi de elverişli araç niteliğini haizdir. İçeriğin kaldırılması, internet sitesine erişimin engellenmesine nazaran kullanıcıların ifade özgürlükleri bakımından daha az sınırlayıcı bir müdahale teşkil etmektedir. Bu durumda yalnızca ilgili içeriğin internet sitesinden kaldırılması ile mağdurun kişilik haklarını koruma amacına ulaşılabilirdiği durumda, internet sitesine erişiminin engellenmesi yöntemine başvurulması, zorunluluk unsurunun gerçekleşmemesine ve dolayısıyla ölçüsüz bir müdahalede bulunulmasına sebep olacaktır.

¹⁷⁸ Yüksel, **a.g.e.**, s.237

¹⁷⁹ Metin, **a.g.e.**, s.14.

¹⁸⁰ Metin, **a.g.e.**, s.13.

¹⁸¹ Yüksel, **a.g.e.**, s.240.

ağır yük getiren yöntemlerin kullanılmasının önlenmesini sağladığını; belirli bir amaca ulaşmak için gerçekleştirilen ve sınırlama teşkil eden müdahalenin gerekenden daha ağır ve katı olması halinde ölçülülük ilkesine aykırılık doğacağını ve sınırlamanın demokratik toplum düzenine uymayacağını ifade etmiştir¹⁸². AYM, ölçülülük ilkesinin uygulanmasında ifadelerin içeriklerini de dikkate almaktadır. Buna göre, *“ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda kamu otoriteleri daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir.”*¹⁸³.

b. Yargıtay İçtihatları Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Türk hukukunda ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği kabul edilebilecek çok sayıda düzenleme yer almaktadır. Bu sebeple Yargıtay içtihatlarında ifade özgürlüğünün farklı bağlamlarda ele alındığı ve müdahale teşkil eden düzenleme bakımından sınırlamanın nasıl yapılacağına ilişkin tespitler bulunmaktadır. Suçu ve suçluyu övme suçu, suç işlenmesi yönünde (dolaylı) bir tahrik teşkil etmektedir. Bu sebeple bu bölümde esas olarak Yargıtay’ın suç işlemeye tahrik, suç ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve terör suçlarına ilişkin içtihatlarından yola çıkılarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılan ölçütler açıklanacaktır.

Yargıtay’ın güncel içtihatlarının hayli büyük bir kısmında, AİHM’in ifade özgürlüğüne ilişkin tespit ve ölçütlerine yer verilmektedir. İfade özgürlüğünü demokratik toplumun temel unsurlarından biri olarak kabul eden Yargıtay, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen yahut alakasız haber ve düşüncelerin değil, devlet veya halkın bir bölümü için rahatsız edici, hoş gitmeyen, endişe verici olan ancak şiddete kışkırtma içermeyen nitelikteki sözlerin de ifade hürriyeti

¹⁸² Emin Aydın Başvurusu, §51.

¹⁸³ Mehmet Ali Aydın Başvurusu, §75; Fatih Taş Başvurusu, §99.

kapsamında olduğunu kabul etmiştir¹⁸⁴. Ancak ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmaması sebebiyle sınırlandırılabilmesi kabul edilmekle birlikte, bu sınırlandırma sebeplerinden en önemli ikisinin, AİHM içtihatlarında yer alan “*şiddeti teşvik eden söylemler*” ile “*nefret söylemleri*” olduğu belirtilmektedir¹⁸⁵. Buna göre ifadenin şiddeti bir araç olarak öngörmesi, kişileri hedef gösterip intikama teşvik etmesi, benimsenen düşüncelerin hayata geçmesi için şiddete başvurmanın meşru olduğunun savunulması, muhatabında nefret duygusunun ortaya çıkmasının teşvik edilmesi halinde ifade özgürlüğü sınırlandırılabilir. İfadenin şiddet teşvik edip etmediği ya da nefret söylemi niteliğinde olup olmadığı, ifadenin kim tarafından, hangi koşullar dahilinde ve hangi ortamda dile getirildiği değerlendirilerek tespit edilecektir¹⁸⁶. Yargıtay, AİHM’in az sayıda kararında değindiği “*açık ve mevcut tehlike*” ölçütünü dikkate alarak, sarf edilen ifadelerin, olayın koşulları değerlendirildiğinde şiddet yaratmaya elverişli olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur¹⁸⁷.

Yargıtay, bir hükümlüden bahsedilirken “*sayın*” ibaresinin kullanılmasının, siyasi görüşü doğrultusunda bu hükümlünün halk önderi olarak kabul edildiğinin ve hapis cezasının infazının tek kişilik hücrede gerçekleştirilmesinin doğru olmadığını ifade edilmesini, yine hükümlünün sağlık durumuna ilişkin endişelerin dile getirilerek çeşitli taleplerde bulunulmasını ifadelerin şiddeti teşvik eden nitelikte olmaması sebebiyle ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde değerlendirmiştir¹⁸⁸.

Buna karşın, sanığın, destekçisi olduğu örgütün Avrupa Birliği tarafından terör örgütleri listesine alınmasına karşı çıktığı, AB’nin bu tavrının örgütü kışkırtacağı ve

¹⁸⁴ Yargıtay 8. CD, E.2016/10135, K.2017/4449, T.20.04.2017; Yargıtay 8. CD, E.2009/13825, K.2012/23385, T.04.07.2012; Yargıtay 8. CD, E.2009/7316, K.2012/17738, T.23.05.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

¹⁸⁵ Yargıtay 8. CD, E.2013/12126, K.2013/20425, T.10.07.2013; Yargıtay 8. CD, E.2013/1567, K.2013/5627, T.15.02.2013; Yargıtay 8. CD, E.2009/18022, K.2012/21275, T.20.06.2012; Yargıtay 8. CD, E.2009/7316, K.2012/17738, T.23.05.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

¹⁸⁶ Yargıtay 8. CD, E.2016/10135, K.2017/4449, T.20.04.2017; Yargıtay 8. CD, E.2009/18022, K.2012/21275, T.20.06.2012; Yargıtay 8. CD, E.2009/7316, K.2012/17738, T.23.05.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

¹⁸⁷ Yargıtay 8. CD, E.2016/10135, K.2017/4449, T.20.04.2017; Yargıtay 8. CD, E.2013/12126, K.2013/20425, T.10.07.2013, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

¹⁸⁸ Yargıtay 8. CD, E.2016/10135, K.2017/4449, T.20.04.2017; Yargıtay 8. CD, E.2013/1567, K.2013/5627, T.15.02.2013; Yargıtay 8. CD, E.2009/18022, K.2012/21275, T.20.06.2012; Yargıtay 8. CD, E.2009/7316, K.2012/17738, T.23.05.2012; Yargıtay 9. CD, E.2010/8911, K.2012/5154, T.18.04.2012, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

on beş yıl öncesinin şiddet ortamlarına geri dönülebileceğini ifade ettiği basın açıklamasına ilişkin olarak Yargıtay, terör örgütünün terör örgütleri listesine alınmasına karşı çıkılmasının bu örgütünün suç teşkil eden faaliyetlerinin onaylanması anlamına geldiği, bu bakımdan övme suçunun oluştuğu; ayrıca terör örgütleri listesine alınması sonucu örgütün kışkırtılmış sayılacağı ve şiddet ortamına geri dönüleceğinin ifade edilmesinin, şiddete teşvik etme anlamına gelip bu söylemin ifade özgürlüğü sınırlarını aştığı kabul edilmiştir¹⁸⁹.

4. Suçu ve Suçluyu Övme Suçu Bakımından İfade Özgürlüğü ve Bunun Sınırları

Kanunlarda yer alan belirli suç tipleri düzenlenişleri itibarıyla, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken ilkeler bakımından ciddi sorunlar meydana getirebilmektedir. Özellikle soyut tehlike suçlarında, tipik fiilin gerçekleştirilmesi ile birlikte, suçun konusu üzerinde bir tehlikenin meydana geldiği kanunen kabul edilmekte olup, tehlikenin gerçekten meydana gelip gelmediği araştırılmamaktadır. Bu noktada soyut tehlike suçunun tipik fiilinin “ifade” olarak karşımıza çıktığı durumlarda, ifadenin bir tehlike meydana getirdiği araştırılmadan cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkate alınan ölçütlerle çelişebilecek ve ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale oluşturabilecektir¹⁹⁰.

Suç ve suçluyu övme suçunun ilk düzenleniş şekli soyut tehlike suçu niteliğini haiz olduğundan, yalnızca suçun veya suçlunun övülmesi ile cezalandırılabilir fiil söz konusu olmaktadır. Bu durumda, bir suçun ya da işlediği suç sebebiyle bir suçlunun övülmesi, bu övme sonucu toplumda ilgili suçun işlenmesi bakımından bir tahrikin oluşup olmadığı tespit edilmeksizin cezalandırılabilir bir fiil teşkil edecekti. Ancak AİHM, AYM ve Yargıtay içtihatları gösterdiği üzere, bir ifadenin sınırlandırılabilmesi

¹⁸⁹ Yargıtay CGK, E.2006/8-345, K.2007/13, T.30.01.2007, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

¹⁹⁰ Türkan Sancar, “Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, *AÜHFD*, C:52, S:1, 2003, s.99; Nisan Kuyucu, “Yargının Siyasallaşması Çerçevesinde Suçu ve Suçluyu Övme Suçu: Yeni Düzenlemenin Anlamı”, *AÜSBFD*, C:69, S: 4, 2014, s.817.

için demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır. Bu gereklilik de ancak yeterli ve ilgili kanıtlarla zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığının ispatlanması halinde söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan, ortaya koyulmasıyla toplumda bir tehlike meydana getirdiği tespit edilmeksizin ifadenin suç teşkil ettiğinden bahisle sınırlandırılması, hukuka aykırı kabul edilecektir. Bu bakımdan suçu ve suçluyu övme suçunun düzenlendiği ilk şeklinin ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından demokratik toplumda gerekli olması  artnı sağlamadığı ve ifade özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenebilecektir.

6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, suçu ve suçluyu övme suçunun cezalandırılabilmesi için *“kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması”*  art olarak aranmıştır. Bu durumda, ifade özgürlüğünün daha fazla sınırlandırılabildeği kabul edilen ifade türlerinden biri olan şiddete teşvik kapsamında değerlendirilen suçu ve suçluyu övme fiilinin cezalandırılması için, ifadenin toplumda gerçek bir tehlike yarattığının ispatlanması gerekmektedir. Bu değerlikle birlikte ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşruluğu bakımından değerlendirilen zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın ortaya çıktığının ispatına değer tanınmıştır. Bu bakımdan yapılan değerlikle birlikte ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından AİHM, AYM ve Yargıtay içtihatlarına daha uyumlu bir düzenlemenin ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KUSURLULUK, OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI, SUÇUN
ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, YAPTIRIM VE MUHAKEMEYE İLİŞKİN
HUSUSLAR

I. KUSURLULUK

Kişinin cebir veya tehdit altında suçu işlemesi, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusurluluğu etkileyen hususlar genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bununla birlikte kusurluluğu etkileyen hallerden biri olan haksız tahrik hükümlerinin bu suç bakımından uygulama alanı bulmayacağı söylenebilir. Zira haksız tahrikten söz edilebilmesi için, haksız bir fiilin yarattığı elem, şiddet veya hiddet altında suç işlenmeli ve bu suç haksız fiili gerçekleştiren kişiye yöneltilmelidir¹. Suçu ve suçluyu öven kişinin övdüğü suçla bağlantılı bir haksız fiile uğramış olma ihtimali bulunsa da suçu ve suçluyu övme suçu bu haksızlığı gerçekleştiren kişiye değil topluma karşı işlenmektedir. Örneğin, daha önce dolandırılmış olan bir kişi, dolandırıcıları öldüren bir kişiyi işlediği bu öldürme suçu üzerinden övdüğü takdirde, dolandırıcılık suçu mağduru olmasının yarattığı bir elemin varlığı söylenebilecekse de fail, suçluyu överek fiilini kendisini dolandıran kişiye değil tüm topluma yöneltilmektedir. Bu bakımdan haksız tahrik hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.

¹ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.360.

II. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI

A. “Kamu Düzeni Açısından Açık ve Yakın Tehlike Ortaya Çıkması” Kavramının Hukuki Niteliği

Suç ve suçluyu övme suçu bakımından, övme fiilinin gerçekleştirilmesi ile “*kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkması*” gerekmektedir. Tehlikenin ortaya çıkmasının gerekli olması sebebiyle suç, bir somut tehlike suçudur.

Öğretide bu somut tehlikenin, başka bir ifadeyle kanun hükmünde yer alan “*kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” unsurunun hukuki niteliğine ilişkin bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kamu düzeni açısından ortaya çıkması gereken açık ve yakın tehlike bir objektif cezalandırılabilme şartıdır². Diğer bir görüşe göre ise bu unsur suçun maddi unsurlarına dahil kabul edilmektedir³.

Suç ve suçluyu övme suçu, düzenlendiği ilk haliyle bir soyut tehlike suçu teşkil etmekteydi. Yalnızca suçun veya suçlunun övülmesi ile suç oluşmakta ve fail cezalandırılabilmekteydi. 2013 yılında yapılan değişiklik ile kanuna “*bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde*” ibaresi eklenerek düzenlemenin son haline kavuşması sağlanmıştır. Suçu ve suçluyu övme suçunun güncel düzenlemesi “*İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindedir. Düzenleme lafzı itibariyle, tehlikenin meydana çıkmasının maddi unsurun bir parçası mı yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğuna ilişkin bir netlik sunmamaktadır. Bu sebeple iki görüş de öğretide benimsenmiştir. Kanun’da yer alan ve benzer bir düzenlenme şekline sahip suçların incelenmesi, Yargıtay uygulamasının değerlendirilmesi ve suçun mahiyetine ilişkin tespit bu konuda bir sonuca varılması bakımından yol gösterici olabilecektir.

² Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6515.

³ Parlar, **a.g.e.**, s.1153; Toroslu, **Özel Kısım**, s.260.

TCK md.216’da düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda da benzer şekilde, fiil nedeniyle “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” halinde faile ceza verileceği düzenlenmektedir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile suçu ve suçluyu övme suçunda yer alan tehlikenin ortaya çıkması gerekliliğine ilişkin unsurlar oldukça benzetmektedir. Ancak bu suç bakımından da öğreti tehlike unsuruna ilişkin tek bir görüş sunmamaktadır. 216. madde bakımından da ortaya çıkması gereken tehlikenin bir objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiği⁴ ya da maddi unsurlara dahil olduğu⁵ ileri sürülmektedir. Düzenlemenin içeriği itibarıyla benzememekle birlikte suçun kaleme alınış şekli oldukça benzerlik gösteren hileli iflas suçu da bu hususta değerlendirilebilir. Hileli iflas suçu TCK md.161’de “*Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, hem md.215 ve md.216’da hem md.161’de, tipik fiil belirtildikten sonra, cezalandırma ibaresinden önce ayrı bir şart unsuru yer almaktadır. Bu düzenlemelerin kaleme alınışları bakımından oldukça benzedikleri açıktır. Esasen suçu ve suçluyu övme suçundaki tehlike unsuruna ilişkin yapılan hukuki niteleme tartışmaları, hileli iflas suçundaki iflas kararı bakımından da yapılmış ancak öğretideki baskın görüşe⁶ ve Yargıtay içtihatlarına göre iflas kararının objektif cezalandırma şartı teşkil ettiği kabul edilmiştir⁷. Bu sebeple, suçu ve suçluyu övme suçundaki tehlike unsurunun objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi makul olmayan bir yorum değildir.

⁴ Artuk v.d., **Özel Hükümler**, s.551; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.121; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.216; Apış, **a.g.e.**, s.186.

⁵ Malkoç, **a.g.e.**, s.3583; Aras Türey, **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.275.

⁶ Ali Hakan Evik, “Hileli İflas Suçunda Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD**, C:19, S:2, 2013, s.1096; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.39; Pınar Bacaksız, “TCK’da Yer Alan İflas Suçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s.130; Elif Bekar, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s.209; Mustafa Özen, “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları (TCK md.161, 162)”, **AÜHFD**, C:65, S:4, s.3575 (Anlış: İflas Suçları).

⁷ Yargıtay 8.CD, E.2017/6321, K.2017/14242, T.13.12.2017; Yargıtay 23.CD, E.2016/29, K.2016/6183, T.11.05.2016; Yargıtay 23.CD, E.2015/6116, K.2016/5370, T.27.04.2016, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi son tarihli kararlarında, Terörle Mücadele Kanunu md.7/2 bağlamında görülen davalarda, terör örgütü propagandası suçunun unsurlarının oluşmadığını; bununla birlikte tipik fiilin suçu ve suçluyu övme suçu bakımından değerlendirilmesi gerektiğini, bu suçun işlenmiş olması halinde *cezalandırılabilirlik koşulu olan* kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁸.

Son olarak suçun mahiyeti bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekirse, devletin, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeninin tesisine ilişkin yükümlülüğü suç işlenmesinin önüne geçilmesini, bu yöndeki hareketlerin hukuka aykırı kabul edilmesini ve yaptırıma tabi tutulmasını gerektirmektedir. Suçu ve suçluyu övmenin de dolaylı olarak suç işlenmesini tahrik etme niteliğinde olduğu dikkate alındığında, böyle bir tahrik tek başına haksız kabul edilebilecektir. Bu sebeple övmenin tek başına hukuka aykırı bir fiil olarak tanımlanmasında bir beis bulunmamaktadır. Dolayısıyla devletin ifade özgürlüğüne böyle bir yaptırımla müdahale etmesi mümkündür. Ancak ifade özgürlüğünün korunması bakımından bu müdahalenin belirli şartlara tabi kılınarak, devletin cezalandırma yetkisinin daraltılması, yukarıda da belirtildiği üzere, uluslararası ve ulusal hukuktan doğan bir gerekliliktir. Özünde haksızlık teşkil eden fiilin cezalandırılması bakımından belirli koşulların öngörülmesi ise suçun oluşumuyla değil cezalandırılabilirliği ile ilgilidir. Bu sebeple, öngörülen “*kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” unsurunun bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerekir.

⁸ Yargıtay 16.CD, E.2016/2510, K.2018/1384, T.25.04.2018 “TCK’nın 215. maddesinde 11.04.2013 tarih ve 6459 Sayılı Kanun’un 10. maddesiyle “bu sebeple kamu düzeni açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması halinde “ibaresinin eklenmiş olması karşısında bu suçtan cezalandırılabilmek için kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması halinin cezalandırma şartı olarak öngörüldüğünden suç tarihinde kamu düzeninin bozulması bakımından açık ve yakın tehlike söz konusu olmaması sebebiyle Dairemizce verilen kararda isabetsizlik bulunmadığından...”; Yargıtay 16.CD, E.2017/1009, K.2017/4573, T.20.06.2017 “Sanık hakkında TCK’nın 215. maddesinde tanımlanan suçu ve suçluyu övme suçunun unsurları ve cezalandırılma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılarak sanığın hukuki durumunun takdiri yerine, yasal olmayan gerekçe ile yazılı şekilde propaganda suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...”; benzer yöndeki kararlar için bkz.: Yargıtay 16.CD, E.2017/1896, K.2017/4923, T.12.09.2017; Yargıtay 16.CD, E.2016/2659, K.2017/5018, T.13.09.2017; Yargıtay 16.CD, E.2017/2131, K.2017/5379, T.20.11.2017, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

B. Açık ve Yakın Tehlike Kavramı

Bir somut tehlike suçu olan suçu ve suçluyu övme suçunun işlenmesi halinde, failin cezalandırılabilmesi için kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gereklidir. Dolayısıyla yargılama sırasında, övme fiilinin kamu düzenine ilişkin bir tehlike oluşturup oluşturmadığı, bu tehlikenin açık ve yakın olup olmadığı hususları tespit edilmelidir.

Suç ve suçluyu övme suçunun soyut tehlike suçundan somut tehlike suçuna dönüşmesini sağlayan bu tehlike unsuru, 6459 sayılı Kanun ile hükme dahil edilmiştir. Suçun, ifade özgürlüğünü etkin şekilde koruyacak bir düzenleme halini alması için, ABH Yüksek Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya çıkan, AİHM’in “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” ölçütünün yansımaları olan ve somut tehlikenin gerekliliğini ifade eden bu ibare madde metnine eklenmiştir. Bu doğrultuda, kamu düzeni açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması unsurunun özellikle AİHM içtihatlarında yer alan zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramı bağlamında ele alınması; ABD Yüksek Mahkemesi’nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullandığı “açık ve mevcut tehlike” ölçütü ile kıyaslanması gereklidir.

AİHM, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için, sınırlamayı gerçekleştiren müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmasını, bu gerekliliğin de müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık gerçekleştirilmesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç, müdahale ile ulaşılmak istenen meşru amaçla bağlantılı olarak yüksek seviyede şiddeti, aciliyeti veya yakınlığı ifade etmektedir. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olduğunun söylenebilmesi için, bulunulan toplumun tarihi, sosyo-kültürel ve siyasi özellikleri dikkate alınarak, müdahalenin toplumda vuku bulan kötü bir etki veya tehlikeli duruma karşı gerçekleştirildiği tespit edilmelidir. Bu tespitin de ilgili ve yeterli delillerle ortaya koyulması gerekir⁹. Bu bakımdan, ifadenin kullanılmasının toplumda olumsuz bir etki yarattığının somut delillerle kanıtlanması halinde zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığından söz edilebilecektir. Bu ihtiyaç, hukukumuzda “somut tehlike” kavramına karşılık gelmektedir. Dolayısıyla kamu düzeni açısından bir tehlikenin meydana

⁹ Article 29 Data Protection Working Party, **a.g.e.**, s.7-8; Kocasakal, Aksoy, Memiş, **a.g.e.**, s.44.

geldiğinin tespiti, esasen zorlayıcı toplumsal ihtiyacın tespiti yöntemi ile özdeş olmalıdır. Bu bakımdan yargılama sırasında kamu düzeni bakımından tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığı hususunda, suçu ve suçluyu övme suçunun işlendiği yer, zaman, övülen suç veya suçlu, toplumun o an içinde bulunduğu diğer koşullar (örneğin savaş, ekonomik kriz vb. unsurlar) dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır¹⁰. Tehlikenin meydana gelip gelmediği, makul bireyler esas alınarak tespit edilmeli, fazla hassas ya da suç işlemeye çok yatkın olan bireyler elverişlilik için ölçüt olmamalıdır¹¹.

Suç ve suçluyu övme suçunun işlenmesi sebebiyle, toplumda yer alan kişilerin övülen suçu işleme yönünde adımlar attığı, övülen fiilleri artık suç olarak görmedikleri, övülen faillerin suçsuz olduklarını düşünmeye başladıklarını gösteren emarelerin tespit edilmesi halinde, övmenin toplumda yarattığı olumsuz etki ortaya koyulmuş sayılabilecektir. Bu etki ise kamu düzeni üzerinde bir tehlikenin oluştuğu anlamına gelecektir. Örneğin eşini öldüren suçlunun, herhangi bir meşru savunma hali olmamasına rağmen haklı bulunduğunu, herkesin bu kişiyi desteklemesi gerektiğini bir televizyon programında ifade eden ve sözüne oldukça itibar edilen bir siyasetçinin bu övme fiili sonrası, sosyal medya üzerinden çok sayıda kişinin, eşlerine şiddet uygulamayı hak olarak gördüklerine ilişkin gönderiler paylaştıkları, gün geçtikçe bu ve benzer yönde düşünce geliştiren kişilerin sayısının arttığının tespit edilmesi halinde; bu suçların işlenmesi bakımından tahrik etkisi yaratılmış olacaktır. Şüphesiz bu durum kişilerin suç mağduru olmadan, huzur ve sükunet içinde yaşam sürmeleri durumu

¹⁰ Yargıtay 8.CD, E.2017/12669, K.2018/5877, T.24.05.2018 “Yazı veya sözün kim tarafından, nerede, nasıl bir ortamda, hangi koşullar altında yazıldığı veya söylendiği değerlendirilmelidir. Mahkeme “yakın ve mevcut tehlike” ölçütüne yaklaşarak sözleri söyleyen kişinin ne kadar etkili olduğu, söylenilen yer ve zaman bakımından söylenenlerin şiddet yaratmaya müsait olup olmadığına bakılması gerektiğini kabul etmektedir.”; Yargıtay 16.CD, E.2017/1334, K.2017/4470, T.15.06.2017 “Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır.”; Yargıtay 16.Cd, E.2016/1238, K.2017/3434, T.07.03.2017 “...Somut olay değerlendirildiğinde tutuklu bulunduğu cezaevinden duruşmaya katılması amacıyla adliyeye getirilen sanığın “Yaşasın PKK” şeklinde attığı sloganın ulusal güvenlik ve kamu düzeni üzerindeki potansiyel etkisinin sınırlı olduğu, ciddi bir tehlike yaratmadığı...”; benzer yöndeki bir diğer karar için bkz.: Yargıtay E.2017/1334, K.2017/4470, T.15.06.2017, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

¹¹ Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s.6496.

üzerinde bir tehlike yaratmaktadır. Böyle bir durumda, suçun ve suçlunun övülmesi ile kamu düzeni açısından bir tehlikenin doğduğu kabul edilebilir.

Tehlikenin açık ve yakın olması ise somut olması özelliğini ifade etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki tehlikenin “açık ve mevcut” olması ile “açık ve yakın” olması, tehlikenin zarar dönüşmesinin yakınlığı noktasında birbirinden ayrılmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi’nin de ifade ettiği üzere, ifadenin açık ve mevcut tehlike doğurduğunun iddia edilebilmesi, ifadenin kullanılmasının, hukuka aykırı fiillerin çok yakın gelecekte gerçekleştirilmesini olası hale getirmesi ya da doğrudan gerçekleştirilmesini sağlaması ve genel olarak da bu hususları gerçekleştirmeye elverişli olması şartlarına bağlanmıştır¹². Ifadenin sınırlandırılabilmesi için gerekli açık ve mevcut bir tehlikeden söz edilebilmesi için, ifadenin yarattığı tehlikenin somut olması şart koşulmuştur. ABD Yüksek Mahkemesi’nin uyguladığı ölçütün, AİHM ölçütlerine nazaran daha katı olduğu görülmektedir. Zira Yüksek Mahkeme, tehlikenin çok yakın bir gelecekte zarara dönüşmesi ihtimalinin kanıtlanmasını talep etmektedir. AİHM ise o toplumun koşullarına göre tehlikenin zarara dönüşme ihtimalinin mümkün olduğunun tespiti halinde de sınırlandırmayı meşru bulmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Yüksek Mahkeme’nin tehlikenin bir adım sonrasının zarar olması halinde ifadenin sınırlandırılmasını meşru bulduğu; AİHM’in ise çok yakın bir zamanda tehlikenin zarar dönüşmesini şart olarak aramadığı görülmektedir. Bu sebeple ABD Yüksek Mahkemesi’nin ifade özgürlüğünü daha geniş kapsamda koruduğu söylenebilecektir¹³.

¹² Brandenburg v. Ohio, §448-449.

¹³ Bu husus AİHM yargıçları arasında da tartışılmış, ABD hukukunda yer alan açık ve mevcut tehlike ölçütünün benimsenmesi yönünde muhalefet görüşleri ileri süren hakim Bonello bu görüşünü “Ben bu ölçütü yetersiz olarak değerlendiriyorum. Şiddeti tahrik eden kişilerin ulusal yetkililerce cezalandırılmalarının sadece eğer bu tahrik “açık ve mevcut bir tehlike” yaratıyorsa, demokratik bir toplumda haklı sebebe dayandırılabilceği kanaatindeyim. Güç kullanımı soyutsa ve zamanla gerçek veya olası şiddetin merkezinden kalkıyorsa, ifade özgürlüğü hakkı geçerli olmalıdır. ... İfade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı gösteren açık ve mevcut bir tehlike bulunduğu görüşünü desteklemek için, ciddi bir tehlikenin beklenildiği ya da savunulduğu ya da başvuranın geçmişteki hareketlerinin kendisinin şiddet taraftarı olmasının acil ve ağır hareketler doğuracağına inanılması için haklı sebep sağlayacağı gösterilmelidir.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz.: Başkaya ve Okcuoğlu v. Türkiye, 23536/94-24408/94, 08.07.1999, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int>, E.T.14.06.2018.

C. Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Hukuk Niteliği

Objektif cezalandırılabilme şartlarının hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul eden görüşler¹⁴ bakımından objektif cezalandırılabilme şartlarının hukuki niteliği, bunların haksızlığa etkisine göre gerçek ve görünüşte objektif cezalandırılabilme şartları olarak ikiye ayrılmaktadır.

¹⁴ Alman ceza hukukunda objektif cezalandırılabilme şartlarının (“*objektive Bedingungen der Strafbarkeit*” veya “*objektive Strafbarkeitsbedingungen*”) varlığını kabul eden yazarlar bu şartlara farklı nitelikler yüklemişlerdir. Objektif cezalandırılabilme şartlarını cezanın sınırlandırılması bağlamında açıklayan görüşe göre, kanun koyucunun ancak objektif şartın meydana gelmesi durumunda failin cezalandırılabilmesini mümkün kılması sebebiyle bu şartlar cezalandırmayı sınırlandırmaktadır (Bkz.: İçel, **Genel Hükümler II**, s.17; Uğur Ersoy, **Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.20). Objektif cezalandırılabilme şartlarını cezaya layıklık veya cezaya muhtaçlık (gereklilik) kavramları ile açıklayan görüşe göre, cezaya layıklık durumu, ceza hukuku bakımından fiilin tehlikeliliğinin ceza ile olan ilişkisi değerlendirilerek tespit edilmekte olup, cezaya muhtaçlık failin sosyal açıdan oluşturduğu tehlikenin engellenmesinde cezalandırmanın gerekliliğinin zorunlu bir araç olmasını ifade etmektedir. Bu bakımdan cezaya layık ve cezayı gerektiren fiil, failin cezalandırılabilirliğinin sınırını çizmektedir. Bir başka ifadeyle haksızlığın gerçekleşmesi ile cezaya layık bir fiil mevcut olurken; objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesiyle fiil cezaya muhtaç hale gelmektedir (Bkz.: Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1949, s.174; Ersoy, **a.g.e.**, s.25-27). Objektif cezalandırılabilme şartlarını tipikliğin bir unsuru olarak kabul eden görüşe göre, objektif cezalandırılabilme şartları tipik fiilin bir parçasını oluşturmakta olup, şartın gerçekleşmediği durumlarda cezaya layık bir hareketten söz edilemeyecektir. Bu görüşteki yazarlar objektif cezalandırılabilme şartlarını tipikliğin bir unsuru olarak kabul etmelerine rağmen manevi unsurun bu şartları kapsamaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Objektif cezalandırılabilme şartlarını tipikliğin dışında ancak suçun ilave unsuru olarak kabul eden görüşe göre, objektif cezalandırılabilme şartları tipikliğe ek unsur niteliğinde olup, bu şartlar maddi unsurların kapsamında ancak haksızlık ve kusurluluğun dışında yer almaktadır. Bu görüşteki yazarların da objektif cezalandırılabilme şartlarını maddi unsurlara dahil etmekle birlikte manevi unsurun bu şartları kapsamaması gerektiğini kabul ettikleri belirtilmiştir (Bkz.: Ersoy, **a.g.e.**, s.33-35). Ceza hukuku dışında yer alan amaçları cezaya muhtaçlığa karşı üstün sayan görüşe göre, ceza hukukunun dışında kalan amaçların gerçekleştirilmesi bakımından objektif cezalandırılabilme şartları bir araç olma fonksiyonuna sahiptir. Buna göre bir fiilin gerçekte cezaya layık ve muhtaç bir fiil olarak kabul edilmesi gerekirken, ceza hukuku dışındaki amaçlara (örneğin politik çıkarlara) ulaşılabilmesi için, bu fiilin bazı durumlarda cezalandırılmamasının sağlandığı ifade edilmektedir. Bunu sağlayan unsurlardan biri de objektif cezalandırılabilme şartlarıdır (Bkz.: Kangal, **a.g.e.**, s.153; Ersoy, **a.g.e.**, s.39; İtalyan ceza hukukunda yer alan ve objektif cezalandırılabilme şartlarını suçun unsurları dışında kabul edip, hareketin cezalandırılabilirliğinin ceza politikasına göre belirlendiğine ilişkin görüşe dair açıklamalar için bkz.: Faruk Erem, “Cezalandırılabilme Objektif Şartı”, **AÜHFD**, Cilt:27, Sayı:3, 1970, s.10 (Anılış: Cezalandırılabilme Objektif Şartı); Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Ceza Hukuku, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım Cilt: I**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s.356; Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku – Cilt: I Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s.310 (Anılış: Genel Hükümler)). Bununla birlikte objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını reddeden görüşler de mevcuttur. Bunlara göre ise, diğer yazarlarca objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilen unsurların aslında ya suçun unsuru ya da bir muhakeme şartı teşkil ettiği belirtilmektedir. Buna göre bu şartlar, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluğa bir etkisi olmaksızın ve fakat bunların bir parçası olarak aslen muhakeme alanında bir etki yaratmaktadır (Bkz.: Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s.356; Kunter, **a.g.e.**, s.172; Erem, **Genel Hükümler**, s.310; İçel, **Genel Hükümler II**, s.17; Ersoy, **a.g.e.**, s.41-43; Erem, **Cezalandırılabilme Objektif Şartı**, s.10).

Gerçekleşip gerçekleşmemesinin haksızlığa herhangi bir etkisi olmayan ve yalnızca cezalandırılabilirliği etkileyip sınırlandıran şartlar, gerçek objektif cezalandırılabilme şartları olarak tasnif edilmektedir. Gerçek objektif cezalandırılabilme şartları şahsi cezasızlık sebeplerinin objektif karşılığı olarak nitelendirilmektedir¹⁵.

Haksızlığın örtülü bir unsurunu oluşturduğu kabul edilen ve fiil ile birlikte gerçekleşmesi aranan, gerçekleşmemesi halinde haksızlığı etkilediği sonucuna varılan şartlar görünüşte objektif cezalandırılabilme şartları olarak tasnif edilmektedir. Bu şekilde tanımlanan görünüşte cezalandırılabilme şartları esasında cezayı artıran ya da cezalandırmanın dayanağını oluşturan sebepler olarak kabul edilmektedir¹⁶. Haksızlığa etkisi bulunmasına rağmen görünüşte objektif cezalandırılabilme şartları kast veya taksir kapsamına dahil edilmemiş, tipikliğe dahil olan şekli bir cezalandırılabilme şartı olarak görülmüştür^{17 18 19}.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının haksızlığa etkisine göre gerçek ve görünüşte objektif cezalandırılabilme şartları olarak ikiye ayrılmasının Türk hukuku

¹⁵ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoglu, Yener Ünver, **Suç Teorisi**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2005, s.14 (Anılış: Suç Teorisi); Kangal, **a.g.e.**, s.158; Bekar, **a.g.e.**, s.102; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.23; Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.480 (Anılış: Genel Hükümler); Ersoy, **a.g.e.**, s.46; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.376; İçel, **Genel Hükümler II**, s.17.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kangal, **a.g.e.**, s.158; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.376; Ersoy, **a.g.e.**, s.46; Özen, **Genel Hükümler**, s.480; Bekar, **a.g.e.**, s.104.

¹⁷ İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.14; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.24; İçel, **Genel Hükümler II**, s.17; Bekar, **a.g.e.**, s.100; Kangal, **a.g.e.**, s.1578.

¹⁸ Görünüşte objektif cezalandırılabilme şartlarının yer aldığı suçlara örnek olarak Alman Ceza Kanunu md.186, md.231 ve md.323a gösterilmektedir. Hakaret suçu için “*gerçeğin ispatlanamaması*”, kavgaya katılma suçu için “*kavgaya katılma sonucu meydana gelen ağır sonuç*” ve tam sarhoşluk halinde suç işlenmesi suçu için “*belirli kişi veya topluma yönelik olarak tehlikeye sebebiyet verme*” şartları haksızlık ile bağlantılı olup cezaya dayanak teşkil eden ve tipikliğe dahil olan unsurlar olarak kabul edilmektedir (Bkz.: İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.14; Kangal, **a.g.e.**, s.159; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.24; Bekar, **a.g.e.**, s.104; Ersoy, **a.g.e.**, s.47); Görünüşte objektif cezalandırılabilme şartlarının Türk Ceza Kanunu’nda yer aldığı suç tipine örnek olarak md.240 “*Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma*” gösterilmektedir (Bkz.: Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.376; Bekar, **a.g.e.**, s.105).

¹⁹ Alman ceza hukuku öğretisinde objektif cezalandırılabilme şartlarının haksızlığa etki edip etmediğinin belirlenebilmesi için “*çıkarma tezi*” ya da “*indirme tezi*” (“*Abzugsthese*”) olarak adlandırılan kriter öne sürülmüştür. Çıkarma teziye göre, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç, bu şartı ihtiva etmeyen kurgusal bir suçla kıyaslanmalı ve şartsız hale indirgenmiş bu suç tipi bağlamında faili cezalandırmak mümkün olabiliyorsa, şartın haksızlık için önem teşkil etmediği; faili cezalandırmak mümkün olmuyorsa şartın haksızlık için önem teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaktadır (Bkz.: Bekar, **a.g.e.**, s.100; Ersoy, **a.g.e.**, s.69-70).

bakımından bir dayanağının bulunmadığı görüşü öğretide genel olarak kabul edilmektedir²⁰. Bu sebeple çalışmanın geri kalanında yapılan incelemelerde gerçek ve görünüşte objektif cezalandırılabilme şartı şeklinde bir ayrıma gidilmeksizin değerlendirme yapılacaktır.

D. Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Suçun Unsurları ile İlişkisi

Objektif cezalandırılabilme şartları suçun unsurları dışında kalan şartlardır. Bu sebeple maddi unsurları kapsamı gereken kastın, objektif cezalandırılabilme şartını kapsamı gerekmemektedir. Fail, objektif cezalandırılabilme şartının varlığını bilmiyor veya gerçekleşeceğini öngörmemiş olsa bile faile ceza verilebilecektir. Aksi durumda, failin bu şartların gerçekleşeceği inancıyla hareket etmesi; ancak şartların gerçekleşmemesi halinde suç oluşacak ancak faile ceza verilemeyecektir²¹. Failin suçun maddi unsurlarında hataya düşmesi halinde, her ne kadar kastı kaldıran hata söz konusu olsa da objektif cezalandırılabilme şartları kastın kapsamında bulunmadığı için, bu şartların varlığında düşülen hata cezalandırılabilirliği etkilemeyecektir²².

Objektif cezalandırılabilme şartları ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekip gerekmediği hususunda öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, nedensellik bağının her durumda aranması gerekmemektedir. Buna göre TCK md.240 (mal veya hizmet satımından kaçınma) bakımından kamu için acil

²⁰ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.376; Kangal, **a.g.e.**, s.159; Ersoy, **a.g.e.**, s.49; Bekar, **a.g.e.**, s.109; İçel, **Genel Hükümler II**, s.18.

²¹ Özgenç konuya ilişkin olarak objektif cezalandırılabilme şartlarının haksızlığa etkisi olmadığını belirtmekle birlikte, objektif cezalandırma şartının gerçekleşmemesi halinde “*fiilin suç oluşturmayacağı ve kişiye ceza verme imkanının bulunmayacağı*” ve “*objektif cezalandırılabilme şartının arandığı durumlarda, esasen haksızlık oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturabilmesi ve dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için aranan objektif şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.*” ifadelerine yer vererek, suçun işlenmiş sayılabilmesini şartın gerçekleşmesine bağlamakta; bununla birlikte şartın haksızlığa etkisi olmadığını ifade etmektedir (Bkz.: Özgenç, **Genel Hükümler**, s.680-681); Objektif cezalandırılabilme şartlarının müstakil bir varlık olduğundan bahisle şartın gerçekleşmemesi halinde suçun oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz.: Kunter, **a.g.e.**, s.195.

²² Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s. 442; İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.17; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.374; Akbulut, **a.g.e.**, s.232; Zafer, **Genel Hükümler**, s.392; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.19; Birtok, **a.g.e.**, s.251; Bekar, **a.g.e.**, s.147; İçel, **Genel Hükümler II**, s.21; Özen, **Genel Hükümler**, s.479; Erem, **Cezalandırılabilme Objektif Şartı**, s.10; Kangal, **a.g.e.**, s.163; Zafer, **Genel Hükümler**, s.391; Önder, **Genel Hükümler**, s.384-385.

bir ihtiyacın ortaya çıkması ile fiil arasında nedensellik bağı kurulması gerekirken, TCK md.125 /gıyapta hakaret) bakımından ihtilat şartı ile hakaret arasında nedensellik bağının mevcudiyeti aranmamaktadır²³. Diğer bir görüşe göre ise objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda nedensellik bağı kurulması aranmaksızın bir sorumluluğa gidilmesi yerinde olmayacaktır. Failin hümanist nedensellik anlayışına uygun olarak sorumlu tutulması gerekmektedir²⁴.

Objektif cezalandırılabilme şartları farklı suçlarda cezalandırılabilirliği etkileyen farklı unsurlar olarak karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin, TCK md.215'te düzenlenen suçu ve suçluyu övme suçunda ve md.216/1'de düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlarında yer alan kamu düzeni veya güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlikenin oluşması, bir somut tehlike niteliğini haizdir. Dolayısıyla, failin cezalandırılabilmesi için somut tehlikenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak TCK md.125'te düzenlenen gıyapta hakaret suçunda yer alan ihtilat unsuru yahut md.161'de düzenlenen hileli iflas suçunda yer alan iflas kararı somut tehlike niteliğinde olmayan ve cezalandırılabilmeyi etkileyen farklı bir unsurdur.

Kanımızca, objektif cezalandırılabilme şartı ile fiil arasında nedensellik bağının aranıp aranmayacağına ilişkin tespitin objektif cezalandırılabilme şartının somut tehlike olarak düzenlenip düzenlemediği dikkate alınarak yapılması yerinde olacaktır. Bu bakımdan objektif cezalandırılabilme şartının somut tehlike teşkil etmeyen bir unsur olması halinde fiil ile şart arasında nedensellik ilişkisi kurulması gerekmemektedir. Örneğin, TCK md.161'de düzenlenen hileli iflas suçunda yer alan objektif cezalandırılabilme şartı olan iflas kararı, suçun tipik fiili olan hileli hareketlerle malvarlığını azaltmaya yönelik hareketten önce ya da sonra verilebilmektedir. İflas kararının tasarruf fiilinden önce verilmesi halinde, objektif cezalandırılabilme şartı fiilden önce gerçekleşmiş olacağı için, fiil ile nedensel bağ içinde meydana gelmesi de mümkün olmayacaktır. Bu sebeple iflas kararının, hileli tasarruflar sebebiyle verilmiş olması gerekliliği söz konusu olmayacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartının somut tehlike niteliğini haiz olması halinde ise, somut

²³ Akbulut, **a.g.e.**, s.234; Kangal, **a.g.e.**, s.157.

²⁴ Erem, **Cezalandırılabilme Objektif Şartı**, s.14; fiil ile objektif cezalandırılabilme şartı arasında nedensellik bağının aranmayacağına ilişkin diğer bir görüş için bkz.: İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.15.

tehlike ile fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Tehlike, suç teşkil eden tipik fiilin gerçekleştirilmesi ile suçun konusu üzerinde meydana gelen zarar ihtimali olarak tanımlandığı için²⁵, somut tehlikenin fiilin işlenmesi sebebiyle gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Somut tehlikeyi meydana getirmeye elverişli fiilin işlenmesine rağmen somut tehlikenin bu fiil sebebiyle değil de tesadüfi başka bir sebeple meydana gelmesi halinde, fiilin somut tehlikeyi meydana getirmediği kabul edilmelidir. Benzer şekilde, somut tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmayan bir fiilin işlenmesine rağmen, somut tehlikenin tesadüfi başka bir etmen sebebiyle meydana gelmesi halinde de fail somut tehlikenin meydana gelmesinden sorumlu tutulamamalıdır.

Bu bağlamda, suçu ve suçluyu övme suçunda, kişilerin suç işlemeye tahrik edilmeleri ve bu doğrultuda kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkması durumu övme fiili sebebiyle gerçekleşirse, objektif cezalandırılabilme şartıyla fiil arasında nedensellik ilişkisi kurulabilecek, fail bu tehlikeden sorumlu olacaktır. Bu nedensel bağlantı kurulmakla birlikte, failin, gerçekleştirdiği fiilin böyle bir tehlike meydana getireceğini bilmesi gerekmemektedir. Ancak kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması övme fiili sebebiyle gerçekleşmemişse, suçu ve suçluyu övme suçu bakımından objektif şartın meydana gelmediği kabul edilecektir. Örneğin, kişinin zengin insanlara karşı hırsızlık suçu işleyen kişileri övmesi yoluyla toplumu hırsızlık suçunun işlemeye tahrik etmesi sebebiyle yapılan yargılamada, bu fiil işlendikten sonra ülke çapında büyük teknoloji mağazalarından ürün çalma eylemleri gerçekleştirildiği; ancak bu hırsızlık ya da yağma suçlarının esasen ilgili mağazaların işçilerini kötü koşullarda çalıştırmasına tepki olarak işlendiğinin tespit edilmesi halinde, övme fiili ile meydana gelen tehlike arasında bir nedensellik bağı bulunduğu söylenemeyecektir. Bu sebeple fail övme fiilini gerçekleştirerek suçu ve suçluyu övme suçunu işlemiş olacak ancak fiili somut tehlikeyi meydana getirmediği için faile ceza verilmeyecektir.

²⁵ Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.120; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.215.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Suç ve suçluyu övme suçu bir sırf hareket suçu olmakla birlikte, fiilin parçalara ayrılabilirdiği durumlarda teşebbüse elverişlidir²⁶. Ancak suçun objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva etmesi sebebiyle teşebbüs ve cezalandırılabilirlik hususları bu bağlamda ayrıca tartışılmalıdır. Öğretide objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüs mümkündür. Objektif cezalandırılabilme şartları suçun unsuru olmayıp, haksızlık bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple haksızlık bağlamında değerlendirilmesi gereken teşebbüse ilişkin değerlendirme, suç tipinin objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva etmesinden etkilenmemektedir²⁷.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul eden görüş bakımından meydana gelebilecek ihtimaller dörde ayrılarak değerlendirilmelidir. Birinci durumda, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçun tipik fiili yerine getirilmiş ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, suç oluşacak ancak objektif cezalandırılabilme şartının eksikliği sebebiyle faile ceza verilemeyecektir²⁸. İkinci durumda, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçun tipik fiili yerine getirilmiş ve objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse suç oluşacak ve faile ceza verilebilecektir²⁹. Üçüncü durumda, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçun icra hareketi parçalara ayrılabilmekte olup, icra hareketleri tamamlanamamış ve objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemiş ise, objektif şartın eksikliği sebebiyle faile hiçbir koşulda ceza verilemeyeceği için

²⁶ Soyaslan, **a.g.e.**, s.529.

²⁷ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.375; Zafer, **Genel Hükümler**, s.393; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.442; İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.18; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.683; Kangal, **a.g.e.**, s.163.

²⁸ Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.22; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.375; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.683; İçel, **Genel Hükümler II**, s.21; Kangal, **a.g.e.**, s.162.

²⁹ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.374; Zafer, **Genel Hükümler**, s.389; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.23; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.683; Kangal, **a.g.e.**, s.163.

teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır³⁰. Dördüncü durumda, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçun icra hareketi parçalara ayrılabilmekte olup, icra hareketleri tamamlanamamış ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiş ise, bir görüşe göre faile ceza verilebilecek olup ceza teşebbüs hükümlerine göre belirlenecektir³¹. Diğer bir görüşe göre ise objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi halinde, kanunda öngörülen tehlikenin bütünü gerçekleşmiş olduğu için, TCK md.35/2’de gösterildiği şekilde tehlikeye oranla bir indirim yapılamayacak ve cezanın tamamı verilecektir. Bu sebeple objektif şartın gerçekleştiği durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır³². Bu görüş, teşebbüs aşamasında kalan suçta suçun konusu üzerinde meydana gelen tehlike veya zararın dikkate alınmasının fiilin haksızlık içeriği ile bağlantılı olduğu ancak objektif cezalandırılabilme şartlarının haksızlığın dışında yer alması sebebiyle, teşebbüs hükümlerinin objektif şartın mevcudiyetinden etkilenmemesi gerektiğini göz ardı etmesi sebebiyle eleştirilmektedir³³. Buna ek olarak objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği her durumda suçun konusu üzerinde meydana gelebilecek tehlike veya zararın tamamının ortaya çıktığının kabul edilebilmesi de mümkün değildir³⁴. Bu

³⁰Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.442; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.23; Zafer, **Genel Hükümler**, s.393; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.683; Kangal, **a.g.e.**, s.163; Handan Yokuş Sevik, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK md.257)”, **DÜHFD**, C:23, S:39, 2018, s.300.

³¹ İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.18; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.22; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.443; İçel, **Genel Hükümler II**, s.21; Zafer, **Genel Hükümler**, s.393; Kangal, **a.g.e.**, s.163; Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s.300.

³² Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.3375; Koca/Üzülmüş’e göre, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi halinde artık cezada bir indirim yapılamayacağı için teşebbüs hükümleri uygulanamayacak; objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde de faile hiçbir şekilde ceza verilemeyeceği için indirim yapılması söz konusu olmayacak ve yine teşebbüs hükümlerine gidilemeyecektir. Sonuç itibarıyla objektif şart gerçekleşse de gerçekleşmese de teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olmamaktadır. Bu görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçta teşebbüs teorik olarak mümkün kabul edilmektedir; ancak teşebbüs hükümleri muhtemel hiçbir durumda uygulanmamaktadır.

³³ Kangal, **a.g.e.**, s.164.

³⁴ Örneğin TCK md.161’de düzenlenen hileli iflas suçunda iflas kararının verilmesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmektedir. Bu suçun fiil unsurunu ise hileli hareketlerle malvarlığını azaltmaya yönelik tasarruflarda bulunulması oluşturmaktadır (Bkz.: Yargıtay 8.CD, E.2017/6321, K.2017/14242, T.13.12.2017 “...5237 sayılı TCK’nin 161. madde gereğince iflas kararının objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiş olup, dolayısıyla bir objektif cezalandırılabilme şartı olan iflas kararının suçun unsuru olmadığı, madde hükmünde de açıkça belirtildiği üzere kanun tarafından cezai yaptırıma bağlanan eylemin iflas etmek değil, iflas kararından önce veya sonra mal varlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflar olduğu, bu çerçevede hileli iflas suçunun hileli tasarrufların gerçekleştirildiği anda tamamlandığı ve bu tasarruflardan önce veya sonra verilen iflas kararının sadece bu hileli tasarrufların cezalandırılabilirliği açısından etkili olduğu...”, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018; Evik, **a.g.e.**, s.162; Özen, **İflas Suçları**, s.3575; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.39; Bacaksız, **a.g.e.**, s.131). Bu suç bakımından, objektif

sebeple, icra hareketlerinin tamamlanamadığı ancak objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekir.

B. İŞTİRAK

Suç ve suçluyu övme suçunun objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva etmesi sebebiyle bu suça iştirakin koşullarının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda suça iştirak, ceza hukukunun genel hükümlerine göre icra hareketleri tamamlanana kadar gerçekleştirilebilir. Objektif cezalandırılabilme şartlarının haksızlığa bir tesiri bulunmadığı için, icra hareketlerinin tamamlandığı ancak objektif şartın ortaya çıkmadığı aşamada suça iştirak mümkün değildir³⁵.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, şartın gerçekleşmesi halinde bütün şerikler cezalandırılacak ancak şart gerçekleşmezse hiçbir şerik cezalandırılmayacaktır. Kastın objektif cezalandırılabilme şartını kapsamaması gerekmediği için, şartın gerçekleşmesi halinde, objektif

cezalandırılabilme şartını ifade eden iflas kararının, tipik fiilin gerçekleştirilmesinden önce verilmiş olması halinde, objektif şart gerçekleşmiş olacaktır. İflas kararından sonra, evrakta sahtecilik yaparak temsil yetkisine hala sahip olduğunu gösteren bir belge üreten kişinin, iflas masasına geçen malvarlığına ilişkin bir satış işlemi yaparken suçüstü yakalanması halinde, hileli hareketlerle malvarlığını azaltmaya yönelik tasarruflarda bulunma fiili tamamlanamamış olacaktır. Bu durumda suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır (Bkz.: Sertaç Işıka, “Hileli İflas Suçu”, **İÜHF**, C:81, S:1, 2013, s.619). Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği her durumda potansiyel zararın tamamının gerçekleşmediğini ve böylece teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğunu söyleyebilmek için, objektif şart olan iflas kararından önceki ve sonraki durum ele alınarak, alacaklıların tamamının zarara uğrayıp uğramadığı tespit edilmelidir. İcra ve İflas Kanunu md.206 uyarınca alacağı rehinli alacaklının rüçhan hakkı bulunmaktadır. İflas masasına geçen malların satışından elde edilen gelir üzerinden önce rehinli alacaklının alacağı ödenecektir (Bkz.: Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Özkan Sungurtekin, Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 6728, 6763 ve 7101 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.411; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.434). Bu durumda, iflas kararı öncesi, rehinli alacaktan önce takibine başlanmış adi alacaklar olması durumunda dahi, iflas kararından sonra rehinli alacaklı, iflas kararından önceki durumdan bağımsız olarak alacağını öncelikle tahsil edebilecektir. Bu durum, diğer imtiyazlı alacaklar için de geçerlidir. Dolayısıyla, iflas kararıyla birlikte diğer alacaklılar bakımından bu Kanun’da öngörülen zararlar doğsa dahi, imtiyazlı alacaklılar bakımından her durumda bir zarar doğacağını söylemek mümkün değildir. Tüm alacaklıların zarar görmediği bir durumda ise, potansiyel olarak meydana çıkabilecek zararın tamamı gerçekleşmemiş olacaktır. Buradan hareketle, iflas kararının verilmesi yani objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi halinde, teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

³⁵ Bekar, **a.g.e.**, s.156; Akbulut, **a.g.e.**, s.233.

cezalandırılabilme şartının gerçekleşeceğini bilmeyen şerik de cezalandırılabilir³⁶. Diğer bir deyişle, şerikler arasındaki iştirak iradesinin objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesini kapsamaması gerekmektedir.

Örneğin bir YouTube kanalına sahip olan iki kardeş, eşine karşı kasten öldürme suçunu işlemesi sebebiyle hakkında ceza verilen suçluyu övdükleri bir video yayınladıkları takdirde övme suçunu müşterek fail olarak işlemiş olacaklardır. Bu iki kardeşin suça iştirak iradeleri yalnızca gerçekleştirdikleri övme fiili ve övdükleri suç bakımından ele alınacaktır. İki kardeşten birinin övme fiilini özellikle övdükleri suçların işlenmesi için gerçekleştirmesi ancak bu düşüncenin diğer kardeş tarafından bilinmemesi, kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlike meydana gelmesi halinde iki kardeşin de cezalandırılmaları sonucuna etki etmeyecektir. Benzer şekilde, iki kardeşin övme fiilinin gerçekleştirilmesi sebebiyle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike meydana geleceğini öngörmemelerine rağmen bu tehlikenin meydana gelmesi halinde, cezalandırılmaları söz konusu olacaktır.

C. İÇTİMA

1. İki Seçimlik Hareketin Birden İşlenmesi Bakımından İctima

Suç ve suçluyu övme suçu, suçun veya suçlunun övülmesi şeklinde işlenebilir. Bu bakımdan seçimlik hareketli bir suçtur³⁷. Failin, tek bir fiille hem suçu hem işlediği suçtan dolayı suç işleyen kişiyi övmesi halinde tek bir övme suçu meydana gelecektir³⁸.

³⁶ Zafer, **Genel Hükümler**, s.392; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.23; İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.18; Birtok, **a.g.e.**, s.251; Bekar, **a.g.e.**, s.156; İçel, **Genel Hükümler II**, s.21; Özen, **Genel Hükümler**, s.482; Kangal, **a.g.e.**, s.155.

³⁷ Şahbaz, **a.g.e.**, s.2429, Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6511; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6515; Parlar, **a.g.e.**, s.1147.

³⁸ Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.223; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.124; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.180.

2. Suçun Birden Fazla Kez İşlenmesi Bakımından İçtima

Suçu ve suçluyu övme suçunun, aynı suç işleme kararıyla değişik zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır³⁹.

3. Suçun Objektif Cezalandırılabilme Şartı İhtiva Etmesi Bakımından İçtima

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suç bakımından, suçun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi (aynı neviden fikri içtima), bir kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi (zincirleme suç) veya tek bir fiille birden fazla farklı suç meydana gelmesi (farklı neviden fikri içtima) durumunda söz konusu olacak içtima hükümlerinin uygulanabilirliği üzerinde durulmalıdır.

İçtima hükümleri, cezalandırılabilir suçlar için öngörülen ve verilecek cezanın tayin edilmesi bakımından sınırlama getiren hükümlerdir. İçtima hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle cezalandırılabilir suçların bulunması gerekmektedir⁴⁰. Bu sebeple cezanın içtima hükümlerine göre belirlenebilmesi için tek bir hareketle meydana getirilen veya aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenen suçlar bakımından objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmiş olması zorunludur. Objektif cezalandırılabilme şartları gerçekleşmemiş olan suçlar, içtima bağlamında belirlenecek ceza bakımından göz önünde bulundurulmayacaktır⁴¹. Buna göre failin, aynı suç işleme iradesiyle farklı zamanlarda suçu ve suçluyu övme suçunu işlemesi halinde, her bir suç sonrası kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığı araştırılmalıdır. Tehlikenin ortaya çıkmadığı suçlar, cezalandırılabilme koşulunu sağlamayacağından cezalandırılabilir fiil söz konusu olmayacak ve zincirleme suç hükümleri bakımından dikkate alınmayacaktır. Suçun beş farklı zamanda işlenmiş olması ve bunların üçünde tehlikenin meydana gelmemiş

³⁹ Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.554; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.596; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s.518; Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.128.

⁴⁰ Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.574.

⁴¹ Bekar, **a.g.e.**, s.160.

olması halinde, yalnızca tehlikenin meydana geldiği iki suç için zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve ceza bu iki suça göre artırılabacaktır.

4. Suçun Dolaylı Bir Tahrik Teşkil Etmesi ve Tahrik Edilen Suçun İşlenmesi Bakımından İçtima

Suç ve suçluyu övme suçu bir somut tehlike suçudur ve esasını kişilerin suç işlemeye dolaylı şekilde tahrik edilmesi oluşturmaktadır. Muhatapların suç işlemeye tahrik edilmesi bağlamında yaratılan tehlikenin gerçekleşmesi, başka bir ifadeyle muhatapların tahrik edildikleri suçları işlemeleri sebebiyle zararın meydana gelmesi halinde hangi suç veya suçlar bakımından cezai sorumluluğun söz konusu olacağı öğretide tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, tehlikenin varsayıldığı veya gerçekleştiği durumda (soyut ve somut tehlike suçlarında) bu tehlike ayrıca zarar olarak ortaya çıkmışsa, zararın tehlikeyi tükettiği kabul edilecek ve fail yalnızca meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır⁴². Bu görüşün benimsenmesi halinde, övme yoluyla dolaylı olarak tahrik edilen kişilerin övülen suçları işlemesi halinde, övme fiilini işleyen kişi yalnızca işlenen suçların azmettireni olarak sorumlu olacaktır.

Aynı husustaki diğer bir görüşe göre ise, fiilin tek olduğu durumlarda suçla korunan hukuki değer ve suçun konusu aynı ise, zararın tehlikeyi tüketeceği ve failin yalnızca meydana getirdiği zarardan sorumlu olacağı; ancak hukuki değer veya konunun farklı olması halinde tek hareketle birden fazla suç işlendiği için farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre ceza verileceği kabul edilmektedir⁴³. Bu doğrultuda tespit yapılacak olursa, suçu ve suçluyu övme suçu ile korunan hukuki değer kamusal düzeni olduğu da dikkate alınarak, işlenmesi yönünde tahrikte bulunan suçların genel olarak kamu düzenini korumaması halinde, tek bir övme fiili ile birden

⁴² Hakeri, **a.g.e.**, s.184.

⁴³ Koray Doğan, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu”, **TAAD**, S:16, 2014, s.198; Birtok, **a.g.e.**, s.152; Murat Önok, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK md.179)”, **TBBD**, S:121, 2015, s.186; Ömer Metehan Aynural, “Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s.106; Önder, **Genel Hükümler**, s.55.

fazla suç işlenmesi sebebiyle farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak işlenmesi için tahrikte bulunulan suçun genel olarak kamu düzenini koruması halinde, korunan hukuki değerlerin aynı olması sebebiyle, tahrik edilen suçların işlenmesi halinde meydana gelen zarar tehlikeyi tüketecek ve övme fiilinin failine yalnızca işlenen suçların azmettirenini olarak ceza verilecektir.

Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay, tek fiille birden fazla suç işlendiği için faile farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre ceza verilmesi gerektiği kanaatindedir⁴⁴. Bu görüşün kabulü halinde ise, övme suretiyle dolaylı olarak tahrik edilen kişilerin işledikleri suçların cezaları ile suçu ve suçluyu övme suçunun cezası karşılaştırılarak faile bunlardan ağır olanın cezası verilecektir.

Bunların yanı sıra öğretide, suçu ve suçluyu övme suçunun, muhatabın işlemesi için tahrik edildiği suç bakımından hazırlık hareketi teşkil ettiğini kabul eden görüşler de mevcuttur⁴⁵. Bu görüş dahilinde, suçu ve suçluyu övme suçunun yalnızca yarattığı tahrik etkisi bakımından ceza yaptırımına tabi tutulduğu, tahrik edilen suçlar

⁴⁴ Yargıtay 11.CD, E.2016/9817, K.2018/6508, T.11.07.2018 “TCK’nın “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma” başlıklı 179. maddesinin 3. fıkrasında alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek olan kişinin araç kullanma hâlinin suç olarak düzenlendiği, anılan maddede belirtilen suçun tehlike suçu olduğu, somut olayda ise iki kişinin yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun oluştuğu, tehlike suçunun meydana gelen netice ile zarar suçuna dönüşmüş olması karşısında, TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri uyarınca taksirle yaralama suçundan sanığın mahkûmiyetine karar verildiğinden trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan da sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi...”; Yargıtay 8.CD, E.2017/15049, K.2018/3152, T.22.03.2018 “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 177. maddesinde tanımlanan suçun tehlike suçu olması karşısında, suçun oluşabilmesi için bu gibi hayvanların bir zarar meydana getirmesi şartı aranmadığı, bu itibarla bir zarar meydana gelmesi durumunda, eylemin vasfı değiştireceği ve sanığın en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacağı, somut olayda; suça sürüklenen çocuğun sahibi olduğu ve halk arasında en saldırgan köpek cinslerinden biri olarak bilinen ayrıca 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nun 14/1. maddesine göre de “tehlike arz eden hayvan” olarak sınıflandırılmış olan pitbull cinsi köpeği başkalarının hayvanlarına zarar vereceğini öngörmesine rağmen bu neticeyi kabul ederek serbest bıraktığı köpeğin yan bahçede bulunan katılana ait terrier cinsi köpeği boğarak öldürmüş olması sebebiyle tehlikenin gerçekleştiği ve eylemin hayvanı başkalarının hayatı ve sağlığı bakımından tehlike yaratacak şekilde serbest bırakma ve mala zarar verme suçlarını oluşturacağı, buna karşın 5237 Sayılı TCK.nun fikri içtima hükümlerini düzenleyen 44. maddesi uyarınca “bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği” olayda suça sürüklenen çocuğun münhasıran daha ağır müeyyideye bağlanan mala zarar eylemi nedeni ile cezalandırılması gerektiği gözetilmeden suça sürüklenen çocuk hakkında yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini...”; benzer yöndeki kararlar için bkz.: Yargıtay 12.CD, E.2017/11357, K.2018/5937, T.24.05.2018; Yargıtay 12.CD, E.2017/11736, K.2018/5593, T.17.05.2018; Yargıtay 12.CD, E.2017/9519, K.2018/4948, T.26.04.2018, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

⁴⁵ Şahbaz, **a.g.e.**, s.2424; benzer yöndeki görüşler için bkz.: Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6518; Soyaslan, **a.g.e.**, s.525.

bakımından ise hazırlık hareketi niteliğinde olması ve hazırlık hareketlerinin suçun icra hareketlerine başlanmasından önce gerçekleşmesi sebebiyle ceza sorumluluğu doğurmadığı söylenebilecektir. Dolayısıyla, suçu ve suçluyu övme suçunun işlenmesi sonrasında, tahrik edilen kişilerin ilgili suçları işlemesi halinde, övme fiilini gerçekleştiren kişinin cezai bir sorumluluğu doğmayacaktır.

Somut tehlikenin zarara dönüşmesi durumunda ceza sorumluluğunun belirlenmesi için öncelikle tehlike ve zarar suçunda korunan hukuki değer belirlenmesi gerekir⁴⁶. Eğer suçlar farklı hukuki değerleri koruyorsa farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Ancak hukuki değerlerin örtüşmesi halinde görünüşte içtima hükümleri uyarınca bakımından değerlendirme yapmak ve asli norma öncelik tanımak gerekir⁴⁷. Bu doğrultuda, övülen suçun genel olarak kamu düzenini korumayan (ancak bir kısmını koruması mümkün olan) örneğin hırsızlık, yaralama, hakaret gibi suçlardan biri olması halinde, övme sonucu bu suçların işlenmesi söz konusu olursa, farklı neviden fikri içtima kuralları uygulama alanı bulacaktır. TCK md.44 uyarınca fail, cezası daha ağır olan suçtan cezalandırılacaktır.

Övülen suçun genel olarak kamu düzenini koruyan bir suç olması halinde ise korunan hukuki değerler örtüşecektir. Örneğin suç işlemek için örgüt kurulmasının övülmesi sonucu toplumda suç örgütü kurulmaya başlanması halinde, somut tehlike zarara dönüşmüş olacaktır. Bu durumda, övme suçunun failinin sorumluluğu asli norm olan örgüt kurma suçu bakımından azmettiren olarak değerlendirilecektir.

5. 5237 s. Türk Ceza Kanunu ve Diğer Kanunlarda Yer Alan Suçlar Bakımından İçtima

a. Örgüt Propagandası Suçu (TCK Md.220/8) Bakımından İçtima

Suç işlemek için örgüt kurma suçu Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin sekizinci fıkrası ile örgütün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da övecek veya bu yöntemlerin teşvik edilmesini

⁴⁶ Aynural, **a.g.e.**, 104.

⁴⁷ Aynural, **a.g.e.**, 105.

sağlayacak şekilde propagandasının yapılması halinde, propaganda yapan kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmaktadır⁴⁸. Bu düzenleme bakımından suç teşkil eden fiil, bir suç örgütünün herhangi bir şekilde propagandasının yapılması değil, örgütün benimsediği ve cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlere başvurulması bakımından tahrik etkisi yaratacak bir örgüt propagandasının yapılmasıdır⁴⁹.

Bu propagandanın yapılması, diğer bir deyişle örgütün cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlerinin meşru gösterilmesi veya övülmesi ya da bunlara başvurulmasının teşvik edilmesi, toplumda bu fiillerin hukuka aykırı görülmemesi ve işlenmesi yönünde teşvik oluşturma vasfına sahiptir⁵⁰. Cebir, tehdit veya şiddet fiilleri ise ceza hukuku bakımından hem tek başına hem de başka suçların unsuru olarak suç teşkil eden fiillerdir. Sonuç olarak, TCK md.220/8’de gösterildiği şekilde bir örgüt propagandası yapılması ile aynı zamanda suç teşkil eden fiillerin övülmesi veya işlenmelerinin teşviki gerçekleşmektedir. Bu anlamda, suç teşkil eden bu fiillerin övülmesi, meşru gösterilmesi veya teşvikini sağlayan bir propagandanın yapılması ile toplumun bu fiilleri işlemesi dolaylı bir şekilde tahrik edilmiş olur. Suç teşkil eden fiillerin işlenmesine ilişkin dolaylı bir tahrik oluşturmaları bakımından örgüt propagandası suçu ile suçu ve suçluyu övme suçu benzerlik göstermektedir.

Bu iki suç tipinin birbirinden ayrıldığı nokta ise, örgüt propagandası suçunda, suç teşkil eden cebir, tehdit veya şiddete tahrik teşkil eden bir propagandanın yapılması itibarıyla toplumda gerçekten bir tahrikin meydana gelip gelmediğinin araştırılmayacak oluşudur. Bu anlamda örgüt propagandası suçu bir soyut tehlike

⁴⁸ TCK md.220/8 “Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”; bu suçun oluşabilmesi için, varlığı kesin hüküm ile tespit edilmiş bir örgütün bulunması gereklidir (bkz.: Ersan Şen, **Suç Örgütü**, İstanbul, Yargın Hukuk Yayınları, 2013, s.107).

⁴⁹ Propaganda, belirli bir görüşün topluma tanıtılması veya toplumda benimsenmesi ve yayılması için yazılı, sözlü vb. çalışmalarda bulunmak şeklinde tanımlanabilir (bkz.: Can Çelik, “Terörizmin Propagandası Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s.37; Nurullah Bodur, Eshat Özkul, **Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.154; Zübeyir Çoban, “İfade Özgürlüğü ve Suç Örgütünün veya Amacının Propagandasını Yapma Suçu (TCK md.220/8)”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.102).

⁵⁰ Önder Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.343; Faruk Turinay, **Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.261.

suçudur. Suçu ve suçluyu övme suçunda ise, övmeyle birlikte kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılması gerekli olup bu bakımdan bu suç bir somut tehlike suçudur.

İçtima hükümlerinin uygulanması bakımından suç ve suçluyu övme suçu ile örgüt propagandası suçu arasındaki ilişki, örgüt propagandası suçunun işleniş yöntemine göre ele alınmalıdır. Örgüt propagandası suçu, örgütün cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlerinin daha önce gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine göre iki farklı şekilde işlenebilir. Örgütün propagandası yapılarak, daha önceden başvurulmuş olan ve cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlerin övülmesi veya meşru gösterilmesi halinde, uygulanmış bu yöntemler esasen suç teşkil ettiklerinden, işlenmiş bir suçun övülmesi söz konusu olacaktır. Örneğin, kişinin, örgütün işlediği tehdit fiilinin haklılığını savunarak örgütün destekçisi olduğunu ifade etmesi halinde, halihazırda işlenmiş bir suç (tehdit suçu) övülmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen propaganda fiili suçu ve suçluyu övme suçunun da fiil unsurunu oluşturmaktadır. Örgütün, henüz başvurulmamış ancak başvurulması örgütçe benimsenmiş ve cebir, tehdit veya şiddet içeren bir yöntemin uygulanmasının teşvik edilmesi yoluyla propagandasının yapılması halinde ise, henüz işlenmemiş olan yani soyut bir suçun tahriki söz konusu olacak ve suç işlemeye tahrik suçu gündeme gelecektir. Örneğin, aynı örgütün ilan ettiği manifestosunda ileriki bir tarihte işlemeyi planladığı yağma suçunun doğru bir eylem olduğu ve desteklenmesi gerektiği ileri sürülerek örgüt propagandası yapılması halinde, soyut olarak yağma suçunun işlenmesi için kişiler tahrik edilmiş olacaktır. Bu şekilde yapılan örgüt propagandası suçu bakımından ise suç işlemeye tahrik suçu tartışılmalıdır.

Daha önceden başvurulmuş olan ve suç teşkil eden cebir, tehdit veya şiddet içeren örgüt yöntemlerinin övülmesi şeklinde gerçekleştirilen propaganda fiili ile hem örgüt propagandası hem de suçu ve suçluyu övme suçu işlenmiş olacağından, tek bir fiil ile hem TCK md.220/8 hem de md.215 hükmü ihlal edilmiş olacaktır. Tek bir fiil ile kanunun farklı hükümlerinin ihlal edilmesi halinde farklı neviden fikri içtima

hükümleri uygulama alanı bulacak⁵¹, TCK md.44 gereği fail, bu suçlardan daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır.

b. Terör Amacıyla İşlenen Suçlar (TMK Md.4) Bakımından İctima

Terör tanımı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde “*cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa’da belirtilen Cumhuriyet’in niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti’nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devlet’in iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*” şeklinde yapılmıştır. Kanun’un 4/1. maddesi ise, 1.maddede yer alan amaçlar doğrultusunda TCK’de düzenlenen belirli suçların işlenmesi halinde bu suçların terör amacıyla işlenen suçlar olarak kabul edileceğini düzenlemektedir. 4. madde kapsamında terör amacıyla işlenebilecek suçlardan biri de TCK’nin 215. maddesinde düzenlenen suçu ve suçluyu övme suçudur. Buna göre, suçu ve suçluyu övme suçunun, TMK md.1’de yer alan amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, artık bir terör suçu söz konusu olacaktır.

Suç ve suçluyu övme suçunun yalnızca failinin üyesi olduğu yapı bakımından bir sınırlama getirilmesiyle oluşturulan bu düzenleme, TCK md.215’e göre özel norm niteliğini haizdir. Özel normun önceliği ilkesi gereği⁵², suçun terör amacıyla kurulan bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde artık (aynı alanı koruyan) genel norma gidilemeyecek, failin sorumluluğu yalnızca özel norm olan TMK md.4/1 bakımından söz konusu olacaktır.

⁵¹ Artuk v.d., **Genel Hükümler**, s.736; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.627.

⁵² Artuk v.d., **Genel Hükümler**, s.704; Fatih Selami Mahmutoglu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2017, s.977.

c. Terör Örgütü Propagandası Suçu (TMK Md.7/2) Bakımından İçtima

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası, terör örgütünün cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde terör örgütünün propagandasının yapılmasını terör örgütü propagandası suçu olarak düzenlemektedir.

TCK md.220/8'de düzenlenen örgüt propagandası suçu ile oldukça benzerlik gösteren bu düzenlemede propaganda, terör örgütünün benimsediği ve cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlerin övülmesi, meşru gösterilmesi veya bunlara başvurulmasının teşvik etmeye elverişli olması halinde suç teşkil etmektedir. Örgüt propagandası suçunda olduğu gibi bu suç bakımından da, terör örgütünün propagandasının yapılmasıyla, esasen suç teşkil eden bu yöntemlere başvurulması dolaylı olarak tahrik edilmektedir. Buradan yola çıkarak dolaylı tahrik teşkil etme niteliği, terör örgütü propagandası ile suçu ve suçluyu övme suçunun ortak özelliği olarak kendini göstermektedir.

Terör örgütü propagandasının, terör örgütünün daha evvel başvurmuş olduğu ve cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlerin hukuka uygun gösterilmesi veya övülmesi yönünde etki doğuracak şekilde gerçekleştirilmesi halinde, bu yöntemler esasen suç teşkil ettiği için, işlenmiş bir suçun övülmesi, yani suçu ve suçluyu övme suçu söz konusu olacaktır. Propagandanın, terör örgütünün henüz başvurmadığı bu yöntemlere başvurulması için teşvik etkisi doğuran bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde, soyut olarak bir suçun işlenmesi tahrik edildiğinden, suç işlemeye tahrik suçu söz konusu olacaktır.

Terör örgütünün halihazırda başvurmuş olduğu cebir tehdit veya şiddet içeren yöntemlerinin övülmesi halinde tek bir fiil ile hem TCK md.215 hem de TCK md.7/2 hükmü ihlal edilmiş olacağından TCK md.44 uyarınca fail, bu suçlardan daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır⁵³.

⁵³ Artuk v.d., **Genel Hükümler**, s.736; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.627.

TMK'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasında ayrıca, terör örgütü üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde; örgüte ait amblem, resim, işaretlerin asılması veya taşınması ya da bu yönde slogan atılması, ses cihazları ile yayın yapılması, bu fiiller bir toplantı veya gösteri yürüyüşünde gerçekleştirilmeseler dahi, terör propagandası olarak değerlendirilmiştir. Her ne kadar maddenin ele alınışı itibarıyla, örgütün yalnızca destekçisi veya üyesi olduğunu bildirir şekilde bu fiillerin işlenmesinin suçun oluşması için yeterli olduğu söylenebilecekse de Yargıtay içtihatlarında, atılan slogan, taşınan amblem veya resimlerin de örgütün cebir, tehdit veya şiddet içeren yöntemlerini teşvik edecek şekilde yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴. Bu düzenleme bakımından örgütün bu yöntemlerini teşvik edecek ve terör örgütüne destek verecek şekilde örgüte ait işaretlerin taşınması veya asılması ile örgüte destek olmak üzere yayın yapılması suçun ve suçlunun övülmesi anlamına gelebilecektir. Bununla birlikte herhangi bir suçun veya suçlunun övülmesine ilişkin düzenleme karşısında terör örgütünün övülmesinin daha özel bir düzenleme teşkil ettiği açıktır. Özel normun önceliği kuralı gereği⁵⁵, TMK md.7/2'de gösterilen şekilde terör örgütünün desteklendiğinin ifade edilmesi halinde, genel norma olan suçu ve suçluyu övme suçuna gidilmeyecek; fail özel norm olan TMK md.7/2 uyarınca cezalandırılacaktır.

⁵⁴ Bodur, Özkul, **a.g.e.**, s.163; ayrıca bkz. Yargıtay 16.CD, E.2017/1334, K.2017/4470, T.15.06.2017, "Sanığın silahlı terör örgütüne üye olma, patlayıcı madde bulundurma, resmi belgede sahtecilik ve 6136 Sayılı Kanuna muhalefet suçlarından yargılandığı davanın duruşmasında hükmün tefhimi akabinde terör örgütünün kurucusu lehine slogan attığı olayda, eylemin gerçekleştirildiği yer, koşullar ve muhatapları, dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunmadığı gibi atılan sloganların verilen mahkumiyet hükmü üzerine duyulan öfke sonucu söylendiği ve bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği halde, yasal olmayan gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması..."; Yargıtay 16.CD, E.2015/7487, K.2016/506, T.02.02.2016, "Sanığın bölücü terör örgütünün propagandasını yapma suçundan yargılandığı davanın duruşmasında hükmün tefhimi sırasında terör örgütünün kurucusu lehine slogan attığı olayda, eylemin gerçekleştirildiği yer, koşullar ve muhatapları, dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunmadığı gibi atılan sloganların terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı, bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği halde, yasal olmayan gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması..."; Yargıtay 16.CD, E.2016/1238, K.2017/3434, T.07.03.2017, "...tutuklu bulunduğu cezaevinden duruşmaya katılması amacıyla adliyeye getirilen sanığın "Yaşasın PKK" şeklinde attığı sloganın ulusal güvenlik ve kamu düzeni üzerindeki potansiyel etkisinin sınırlı olduğu, ciddi bir tehlike yaratmadığı, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı ve sanığın silahlı terör örgütünün propagandası kastı ile hareket etmediği savunmasının aksi sabit olmadığından...", (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

⁵⁵ Artuk v.d., **Genel Hükümler**, s.704; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.977.

IV. YAPTIRIM

215. madde, suçu ve suçluyu övme suçu için iki yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Düzenlemede cezanın alt sınırı belirlenmediği için TCK md.49/1 gereği altı sınırın bir ay hapis cezası olarak kabul edilecektir⁵⁶.

Suç ve suçluyu övme suçu için bir yıl veya daha kısa bir hapis cezasına hükmedilmesi halinde, bu kısa süreli hapis cezası TCK md.50 uyarınca adli para cezasına veya maddede yer alan diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir⁵⁷. Suçu ve suçluyu övme suçu için hükmedilen hapis cezasının iki yıl veya daha az olması halinde, TCK md.51'de gösterilen koşulların sağlanması şartıyla, hapis cezasının ertelenmesi de mümkündür⁵⁸. Kasten işlenen bu suç sebebiyle hükmedilen hapis

⁵⁶ Şahbaz, a.g.e., s.2429.

⁵⁷ **TCK md.49/2** “Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.”; **TCK md.50** “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adli para cezasına, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir.”

⁵⁸ **TCK md.51** “(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir. (2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda erteletilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir. (3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz. (4) Denetim süresi içinde; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine mahkemece karar verilebilir...”

cezasının bir sonucu olarak hükümlü TCK md.53'te gösterilen belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır⁵⁹.

V. MUHAKEMEYE İLİŞKİN HUSUSLAR

A. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTININ GERÇEKLEŞMEMESİ HALİNDE VERİLECEK HÜKÜM

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suça ilişkin yapılan yargılamada, şartın henüz gerçekleşmediği durumda mahkemenin ne yönde karar vereceğini düzenlememektedir⁶⁰. Öğretide objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde verilecek karara ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, suçun unsurlarının oluştuğu ancak objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği durumda, fail haksızlık niteliğini haiz fiili gerçekleştirmiştir. Ancak bu haksızlık için ceza verilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda, haksız fiili gerçekleştiren failin disiplin ve tazminat sorumluluğu devam etmektedir. Ancak faile beraat kararı verilen durumlarda ise failin işlediği haksızlık niteliğini haiz bir fiil bulunmadığı için disiplin ve tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır. Dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar (CMK md.223) verilmelidir⁶¹. Diğer bir görüşe göre ise objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmemesi halinde, muhakeme

⁵⁹ **TCK md.53** “(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan, c) Velayet hakkından; vesayet veya kayıymılığı aî bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılır...”

⁶⁰ Zafer, **Genel Hükümler**, s.394; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.27.

⁶¹ Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.28; Zafer, **Genel Hükümler**, s.394; Kangal, **a.g.e.**, s.156; Ersoy, **a.g.e.**, s.219.

koşullarının gerçekleşmediği durumlarla benzerlik kurularak, düşme kararı verilmelidir⁶².

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği durumda hangi kararın verilmesi gerektiği, öncelikle objektif şarta ilişkin bir düzenleme yapılmamasının bilinçli bir boşluk teşkil edip etmemesi ve kıyasın uygulanabilirliği bağlamında ele alınmalıdır.

Maddi ceza hukukundan farklı olarak ceza muhakemesi hukukunda kıyas yapılması mümkündür. Ancak ceza muhakemesine ilişkin her kurum bakımından kıyas yapılabilmesi kabul edilmemiştir. Ceza muhakemesinde kıyasın iki istisnası mevcuttur: sınırlayıcı hükümlerde ve istisnai nitelik gösteren hükümlerde kıyas yapılamamaktadır⁶³. Kişi özgürlüklerini sınırlayan hükümlerde, örneğin koruma tedbiri uygulanmasını gerektiren haller ve bunların şartları bakımından kıyas yapılamaz. Aynı zamanda belirli durumlara müstesna kurumlar bakımından da kıyas yapılması mümkün değildir⁶⁴. Örneğin, şikayete tabi suçlar kanunda istisnaen belirtilmiştir, bunların kıyas yapılarak genişletilmesi mümkün değildir. İstisna hükümler kanun koyucunun yalnızca kasti olarak belirli durumlar için öngördüğü hükümler olduğu için dar yorumlanmaları gerekmektedir⁶⁵.

Kişi özgürlüklerine müdahale eden hükümler anayasal hakların ihlali anlamına geldiği için, sınırlı sayıda olmaları doğaldır. İstisna hükümler ise, bazen faille mağdur arasındaki ilişki (yeminden çekinme) bazen de suç sebebiyle daha fazla mağduriyet yaşanmaması (şikayet) adına ayrıca düzenleme yapılmaya ihtiyaç duyulan alanlardır.

⁶² Özen, **Genel Hükümler**, s.481; *Özen'e göre*, soruşturma evresinde objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmelidir. Objektif cezalandırılabilme şartlarının soruşturma ve kovuşturma engeli teşkil etmediğinden bahisle, diğer unsurların mevcut olması halinde, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde dahi iddianame düzenlenmesi gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz.: Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.28.

⁶³ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5.Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2017, s.16 (Anılış: Ceza Muhakemesi Hukuku); Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.84; Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.45; *Ünver/Hakeri*, koruma tedbirlerinin kanuniliği ilkesi gereği, koruma tedbirleri bakımından kıyas yapılamayacağı sonucunu üçüncü bir istisna olarak değerlendirmektedir (bkz.: Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.32).

⁶⁴ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.33; Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.85.

⁶⁵ Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.85.

Kanun koyucunun bu bakımdan belirli bir amaçla hareket ettiğini ileri sürmek mümkündür. Böylece istisnai hükümler ile kişi özgürlüklerine ilişkin hükümlerde sayılmayan hallerin bilinçli olarak kapsam dışında bırakıldığı söylenebilecektir. Ceza muhakemesinde kıyasın söz konusu olabilmesi için hukuki anlamda bir boşluk bulunması gerekir. Yukarıda açıklanan sebeplerle, kişi haklarına müdahale eden veya istisna hükümler kanun koyucunun bilinçli olarak sınırlarını belirlediği alanlar olmaları sebebiyle bunlara dahil edilmeyen durumların boşluk olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının hüküm çeşitleri içinde yer almayışını, yukarıda açıklanan hususlar dahilinde değerlendirmek gereklidir. Yargılama sonunda verilebilecek hüküm çeşitleri CMK'nin 223. ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre yargılama sonunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, düşme veya durma kararları verilebilir. Kanun, hangi hallerde hangi hüküm çeşidinin verilmesi gerektiğini tek tek bunlara ilişkin maddelerde düzenlemiştir.

Ceza muhakemesi bir bütün olarak ele alındığında hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde meydana gelebilecek her türlü durum için Kanun bir karşılık öngörmektedir. Örneğin, iddianame düzenlenmesi için yeterli şüphenin oluşmaması halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir; yeterli şüphe varsa iddianame düzenlenir. Kovuşturma aşamasında şikayetten vazgeçme halinde (sanığın da kabulü varsa) davanın düşmesine karar verilir. Yahut Kanun makam ve merciler tarafından verilen her türlü karara karşı gidilebilecek bir kanun yolu olup olmadığını düzenlemektedir. Buna göre bazı kararlara karşı kanun yolu kapalıdır. Benzer şekilde bazı kararlar için itiraz bazı kararlar için istinaf kanun yolu öngörülmüştür. Bu örnekler elbette çoğaltılabilir, ancak bu örneklerle dahi kanun koyucunun muhakemenin her aşamasında ve evresinde, meydana gelebilecek her türlü duruma karşı olumlu veya olumsuz bir karşılığı tesis ettiği görülmektedir. Ceza muhakemesinin mantığı da bunu gerektirir.

Suçun her unsuru bakımından da bu unsurun gerçekleşip gerçekleşmemesine ilişkin olarak kanun koyucu belirli sonuçlar öngörmüştür. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçunun fiil unsurunun maddi bir menfaat için gerçekleştirilmemesi halinde manevi

unsurun eksik olması sebebiyle tipik fiil oluşmayacağından faile beraat hükmü verilecektir. Ya da fiilin icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde suçun teşebbüs halinde kalması sonucu failin cezasında indirim yapılabilecektir. Bir başka örnekte ise kişinin suçun işlenmesinden sonra etkin pişmanlık göstermesi halinde cezasında indirime gidilebilecek ya da faile hiç ceza verilmeyebilecektir. Sonuç itibarıyla suçun oluşumuna ve cezalandırılabilirliğine ilişkin meydana gelebilecek her duruma karşı kanun koyucunun olumlu ya da olumsuz bir sonuç öngördüğü açıktır. Objektif cezalandırılabilme şartları bakımından bu kuraldan ayrılmayı haklı gösteren bir izah bulunmamaktadır. Muhakemede karşılaşılabilecek her türlü durum için öngörülen bir hüküm söz konusuysa yalnızca objektif cezalandırılabilme şartları için bir hüküm öngörülmemiş olmasının, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak kabul etmek makul değildir. Objektif cezalandırılabilme şartları için bir hüküm öngörülmemiş olmasının bilinçli bir durum olduğu düşünülemez. Dolayısıyla bu durum hukuki bir boşluk teşkil etmekte olup, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde verilecek hükme ilişkin olarak kıyas yapılması ve bu yöntemle bir sonuca ulaşmak mümkün olacaktır. Kıyasın uygulanması bakımından ise, objektif cezalandırılabilme şartlarının en çok benzerlik gösterdiği durum tespit edilmelidir.

5271 s. CMK’de ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilebilen haller, suçun haksızlık niteliğini haiz olmasının yanı sıra failde kusurluluğu etkileyen hallerin (örneğin kusurluluğu kaldıran hata, yaş küçüklüğü, zorunluluk hallerinin) mevcut olduğu ya da etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebebi gibi cezalandırılabilirliğin diğer koşullarını oluşturan unsurların gerçekleştiği hallerdir. Özellikle objektif cezalandırılabilme şartlarının, suçun unsurları dışında kalan şahsi cezasızlık sebeplerinin objektif karşılığı olduğu yönündeki görüşler⁶⁶ de dikkate alındığında, objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmemesi halinin en benzediği durumun ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren haller olduğu söylenebilecektir. Bu noktada düşme kararı verilen hallerde, uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenemediği hususu da dikkate alınmalıdır. Örneğin, soruşturma veya

⁶⁶ Kangal, **a.g.e.**, s.158; Bekar, **a.g.e.**, s.102; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.23; Ersoy, **a.g.e.**, s.46; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.376; İçel, **Genel Hükümler II**, s.17.

kovuşturmada şikayetten vazgeçilmesi halinde, düşme kararı verilir. Bu durumda somut olaya ilişkin olarak fiil ve fail bakımından bir tespit yapılması mümkün olmamaktadır. Ancak objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ise, fiilin ve failin tespitinden sonra yalnızca verilecek ceza bakımından değerlendirilecektir. Örneğin kişinin gerçekten suçu ve suçluyu övme suçunu işlediği tespit edilemediği sürece, kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılmasının bir anlamı yoktur. Cezalandırma ya da cezalandırmamaya karar verilebilmesi için önce bu hususların tespiti gerekmektedir. Bu sebeple düşme kararı gerektiren hallerle objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmediği hallerin, nihayetinde cezaya hükmedilememesi haricinde, benzedikleri söylenemeyecektir. Ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gereken hallerde ise, somut olay bakımından fiil ve fail tespit edilmiştir ancak yalnızca özel durumlar sebebiyle ceza verilememesi söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir kişinin kendi çocuğuna karşı taksirle yaralama suçu işlemesi halinde TCK md.22/6'da yer alan şahsi cezasızlık sebebi uygulama alanı bulacak, faile ceza verilmeyebilecektir. Böyle bir durumda, şahsi cezasızlık sebebinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesinden önce kişinin o suçu işleyip işlemediği tespit edilecektir.

Sonuç itibariyle, bu husustaki düzenleme eksikliğin giderilmesine kadar, objektif cezalandırılabilme şartlarının mevcut olmaması halinde verilmesi gereken karar için benzerlik kurulacak kurumun ceza verilmesine yer olmadığına dair karar olması gerekmektedir.

B. SUÇUN OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI İHTİVA ETMESİNE İLİŞKİN DİĞER HUSUSLAR

Suç ve suçluyu övme suçu gibi objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, objektif şartın dava zamanaşımı için öngörülen süreye etkisi ayrıca ele alınması gereken bir durumdur. Türk ceza hukukunda dava zamanaşımı bakımından objektif cezalandırılabilme şartlarına ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda zamanaşımına ilişkin genel hükümler dikkate alınarak objektif

cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda zamanaşımının suçun işlendiği tarihte başlatılması gerekmektedir⁶⁷.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 158. maddesine göre zamanaşımı süresi, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlamaktadır⁶⁸. Yargıtay'ın da hileli iflas suçlarına ilişkin eski tarihli kararlarında benzer olarak, zamanaşımı süresinin başlangıcının objektif cezalandırılabilme şartı teşkil eden iflas kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edildiği görülmektedir⁶⁹. Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında ise hileli iflas suçlarında tipik hareketin mal varlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruf olduğu, iflas kararının ise objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiği ve suçun unsuru olmayan bu şartların zamanaşımının başlama tarihi bakımından esas alınmayacağı belirtilmiştir⁷⁰. Buna göre, suç ve suçluyu övme suçunda dava zamanaşımı süresinin başlangıcı için övme fiilinin gerçekleştirildiği tarih esas alınacaktır.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda suçun oluştuğu ya da tamamlandığı yer ve zamanın belirlenmesinde objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği yer veya zaman dikkate alınmamaktadır; zira bu şart suçun unsurlarından bağımsız olup suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple suçun nerede ve

⁶⁷ Kangal, **a.g.e.**, s.164; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.443; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.39; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.684, İçel, **Genel Hükümler II**, s.22; İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.18; Evik, **a.g.e.**, s.1097.

⁶⁸ Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.39 .

⁶⁹ Yargıtay 11.CD, E.2008/352, K.2008/1731, T.25.03.2008, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

⁷⁰ Yargıtay 8.CD, E.2017/6321, K.2017/14242, T.13.12.2017 “...5237 sayılı TCK.nin 161. madde gerekçesinde iflas kararının objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiş olup, dolayısıyla bir objektif cezalandırılabilme şartı olan iflas kararının suçun unsuru olmadığı, madde hükmünde de açıkça belirtildiği üzere kanun tarafından cezai yaptırıma bağlanan eylemin iflas etmek değil, iflas kararından önce veya sonra mal varlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflar olduğu, bu çerçevede hileli iflas suçunun hileli tasarrufların gerçekleştirildiği anda tamamlandığı ve bu tasarruflardan önce veya sonra verilen iflas kararının sadece bu hileli tasarrufların cezalandırılabilirliği açısından etkili olduğu, diğer bir deyişle esasen cezai yaptırıma bağlanan eylemler hileli tasarruflar olduğundan, iflas kararı bu tasarruflardan sonra verilse bile, suçun hileli tasarrufların yapıldığı tarihte meydana geldiği ve dolayısıyla bu tarihte geçerli olan cezai hükümlerin uygulanması gerektiği...” Aynı yöndeki kararlar için bkz.: Yargıtay 23.CD, E.2016/29, K.2016/6183, T.11.05.2016; Yargıtay 23.CD, E.2015/6116, K.2016/5370, T.27.04.2016, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 02.12.2018.

ne zaman oluştuğu suçun maddi unsurlarının nerede ve ne zaman gerçekleştiğine göre belirlenmektedir⁷¹.

Kanunların zaman bakımından uygulanması bakımından ise, suçun unsurlarının gerçekleşmesinden sonra ancak objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesinden önce aleyhe bir kanun düzenlemesi yapılması halinde faile bu kanun hükümleri uygulanmamalıdır⁷². Aksine bir görüşün benimsenmesi durumunda, suçun oluşumundan bağımsız olan ve kastın kapsamadığı objektif cezalandırılabilme şartının suçun tamamlanma anına etki ettiği ve kastın kapsamında kaldığı kabul edilmiş olacak olacaktır. Böyle bir yorum objektif cezalandırılabilme şartlarının hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zaman bakımından uygulama ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise suç düzenlemesinde yapılan değişikliğe ilişkindir. Suçu ve suçluyu övme suçu, düzenlendiği ilk şekliyle bir soyut tehlike suçu teşkil etmekteydi. 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade zgrlğ Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 215. maddeye *“bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde”* ibaresi eklenmiştir. Açık ve yakın tehlike unsurunun objektif cezalandırılabilme şartı kabul edildiği bu düzenlemeyle birlikte suç somut tehlike suçuna dnştrlmştir. Kanun değişikliği, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi yani kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlikenin meydana gelmemesi halinde kişiye artık ceza verilmeyeceği sonucunu doğurmuştur. Bu bakımdan açık ve yakın bir tehlikenin doğması gerekliliği, failin lehine bir düzenleme teşkil etmektedir. Öyle ki bu şart gerçekleşmediği sürece fiil suç teşkil etmesine rağmen faile ceza verilemeyecektir. Buradan yola çıkarak, 2013 yılında yapılan değişiklikten önce işlenen suçu ve suçluyu övme fiiline ilişkin 2013 değişikliğinden sonra verilecek karar bakımından, fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren ve failin lehine olan bu hüküm geri yryecektir⁷³. Böylece vme fiilini gerçekleştirdiği anda böyle bir şart bulunmaması sebebiyle doğrudan cezalandırılması gereken fail, 2013 yılından

⁷¹ zbek v.d., **Genel Hükümler**, s.443; Zafer, **Genel Hükümler**, s.392; s.470; İçel v.d., **Suç Teorisi**, s.18; Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.23, Birtek, **a.g.e.**, s.251; İçel, **Genel Hükümler II**, s.22; Kangal, **a.g.e.**, s.164; Kunter, **a.g.e.**, s.220.

⁷² Artuk, Alşahin, **Objektif..**, s.23.

⁷³ zgen, **Genel Hükümler**, s.136.

sonra sonuçlandırılacak bir yargılamada lehe kanunun geriye yürümesi kuralı çerçevesinde, ancak bu tehlikenin meydana gelmesi halinde cezalandırılabilir.

C. MUHAKEME KOŞULLARI VE KORUMA TEDBİRLERİ

Suç ve suçluyu övme suçunu düzenleyen TCK md.215'te şikayet şartı aranmadığından, suç re'sen soruşturulur ve kovuşturulur.

Suç ve suçluyu övme suçu için öngörülen hapis cezasının üst sınırı 2 yıldır. 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu md.100/4 uyarınca, suç ve suçluyu övme suçu için tutuklama kararı verilemez. Ancak CMK md.112/1 hükmü, adli kontrol kararına uyulmaması halinde öngörülen hapis cezasının süresi fark etmeksizin tutuklama kararı verilebileceğini belirtmektedir. Bu durumda, suç ve suçluyu övme suçunu işlediği iddia edilen şüpheli veya sanık hakkında hükmedilen adli kontrol tedbirlerine uyulmaması halinde, şüpheli veya sanığın tutuklanması mümkündür.

SONUÇ

Bu çalışmada suçu ve suçluyu övme suçu, hem suç tipinin düzenlenmesi ile ilgili ihtilaflı hususlar hem de ifade özgürlüğünün korunması bakımından ideal bir düzenleme teşkil edip etmediği bağlamında tartışılmıştır.

Suç tipinin incelenmesi için öncelikle ele alınması gereken husus suçla korunan hukuki değer olmuştur. 765 s. TCK’de cürüm sayılan fiili övme suçunun kamu düzeni aleyhine işlenen suçlar altında düzenlenmesi, 5237 s. TCK’de ise suçu ve suçluyu övme suçunun kamu barışına karşı işlenen suçlar başlığı altında yer alması sebebiyle kamu düzeni ve kamu barışı kavramları irdelenmiştir. Kamu barışı kavramı, hukukumuzda 5237 s. TCK ile girmiş olup henüz kavramın tanımına ve kapsamına ilişkin ayrıntılı bir açıklamanın yer almadığı görülmüştür. Kavrama ilişkin yapılan tanımların ise, dar anlamda kamu düzeninin sağlanması ile tesis edilen durumla özdeş olduğu tespit edilmiştir. Bu bakımdan kamu düzeni ile kamu barışı kavramları arasında belirgin bir farklılık olmadığı görüldüğünden, 5237 s. TCK’de suçu ve suçluyu övme suçunun yer aldığı bölüm isminin kamu barışı olarak belirlenmesinin anlamlı bir değişiklik olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, övmenin dolaylı bir tahrik etkisi yaratması, övülen suç bakımından herhangi bir ayırım yapılmaması, övme ile ortaya çıkacak somut tehlikenin, kamu düzeni bakımından meydana gelebilecek herhangi bir tehlike olmasının mümkün oluşu hususları da değerlendirilerek korunan hukuki değerın kamu düzeninden daha dar bir kavram olarak belirlenemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Suç tipinin yorumlanması bakımından en önemli unsuru teşkil eden övme kavramının mahiyeti tartışılmış, suçu ve suçluyu övmenin, bireylerin suç işlemeleri yönünde dolaylı bir tahrik teşkil ettiği açıklanmıştır. Övme kavramı içinde değerlendirilebilecek fiillerin, bu tahrik etkisini meydana getirmeye elverişli olmasının gerekliliği ortaya koyulmuş, bu etkiyi yaratmaya elverişsiz fiillerin övme suçunun tipik fiilini oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bu husustaki en tartışmalı nokta bireylerin sosyal medya platformlarında gerçekleştirdiği “retweet”, “beğenme” ve “paylaşma” gibi davranışlar olmaktadır. Bu davranışların hukuki nitelikleri tespit edilerek,

“beğenme” olarak adlandırılan davranışların övme fiilinin gerektirdiği tahrik yaratmaya elverişli olma koşulunu karşılamadığı; alıntı yapılmaksızın “paylaşma” veya “retweet” etme davranışlarının ise, paylaşılan içeriğin işaret ettiği suçun övüldüğüne dair düşünce açıklamasını açıkça ortaya koymaması sebebiyle yine övme suçunun tipik fiilini oluşturmadığı; alıntı yapılarak paylaşılan içerikler bakımından ise, ancak içeriğin gösterdiği suçun övüldüğüne ilişkin tartışmaya yer olmayacak bir ifadenin kullanılması halinde suçun oluşabileceği sonucuna varılmıştır.

Uygulamada suç tipinin yorumlanması bakımından ihtilafın ortaya çıkmasına neden olan bir diğer unsur, övülen suç veya suçluya ilişkin verilmiş bir kesin hükmün bulunması gerekip gerekmediği sorusuna dayanmaktadır. Suç tipi suçu ve suçluyu övmenin cezalandırılması esasına dayanmaktadır. Bu sebeple suçun oluşabilmesi için öncelikle övülen fiilin suç teşkil ettiğinin veya övülen failin suçlu olduğunun bilinmesi gereklidir. Bu ise ancak fiil ve faile ilişkin bu tespiti yapabilecek makam olan mahkemenin bu hususta kesin bir hüküm vermesi ile mümkün olabilmektedir. Mahkemece verilmiş kesin bir hüküm olmaksızın, bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin, örneğin bir hukuka uygunluk sebebinin olup olmadığının, ortaya koyulabilmesi mümkün değildir. Aksi durumda, toplumdaki bazı bireylerin öznel yorumları ile övülen fiilin suç teşkil ettiği ve övme suçunun tipik fiilinin olduğu sonucuna varılacaktır ki bu ceza hukukunun temel ilkeleriyle çelişmektedir. Uygulamada, özellikle toplumda büyük ölçüde yankı uyandıran suç unsuru barındıran hadiseler sonrasında, işlenen suçların övülmesi fiillerine yönelik başlatılan soruşturmaların kesin hükmün mevcut olmamasına rağmen suçu ve suçluyu övme suçuna dayanılarak başlatıldığı görülmüştür. Bu hatalı uygulamanın hem öğretide hem de yargı kararlarında, suç tipi bakımından kesin hüküm gerekip gerekmediğine dair tartışmanın yeterli şekilde yapılamamasından kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Henüz hakkında kesin bir hüküm kurulmayan ancak suç teşkil eden fiillerin övülmesinin, diğer unsurları da varsa, suç işlemeye tahrik veya halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçların bakımından değerlendirmek yerinde olacaktır. Ancak özellikle suç işlemeye tahrik suçunun, bireyleri suç işlemeye doğrudan yönlendiren bir tahrik fiilinin gerçekleştirilmesiyle işlenebileceği kabul edildiğinden, henüz hakkında kesin hüküm verilmemiş ancak suç teşkil eden bir fiilin beğenildiğinin söylenmesinin, meşru

görüldüğünün ifade edilmesinin suç işlemeye doğrudan tahrik kavramı kapsamına dahil edilmesi, kavramın oldukça geniş yorumlanmasını gerektirecektir. Bu da kanunilik ilkesi bakımından farklı tartışmaları beraberinde getirecektir. Bu hususun çözümü adına çalışmada suç işlemeye tahrik suçunun kapsamının açıklığa kavuşturulmasına ilişkin bir kanun değişikliğe gidilmesi önerisi getirilmiştir.

Suçu ve suçluyu övme, bir düşünce açıklaması teşkil etmektedir. Bu sebeple çalışmada ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin ilkeler ele alınmıştır. Suç tipinde yer alan “*açık ve yakın tehlike*” ibaresinin kaynağını oluşturan ABD Yüksek Mahkemesi kararları ile AİHM, AYM ve Yargıtay kararları karşılaştırmalı olarak irdelenmiş, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın, fiilin meydana getirdiği ve “*zorlayıcı toplumsal ihtiyaç*” unsuruna tekabül eden somut tehlikenin varlığının ilgili ve yeterli kanıtlarla kanıtlanmış olması halinde temel hak ve özgürlükler bakımından biri ihlal teşkil etmeyeceği tespit edilmiştir. Suçu ve suçluyu övme suçunun 5237 s. TCK’de düzenlendiği ilk halinin bir soyut tehlike suçu olması sebebiyle bu kriterleri karşılamadığı bu sebeple ifade özgürlüğü bakımından demokratik toplumda gerekli olamayan bir sınırlama teşkile ettiği; 2013 yılında yapılan kanun değişikliği ile “*kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” unsurunun eklenmesiyle suçun somut tehlike suçuna dönüştürülmesi ile ilgili kriterlerle uyumlu bir düzenlemenin ortaya çıktığı sonucuna varılmıştır.

Bir somut tehlike suçu teşkil eden suçu ve suçluyu övme suçu bakımından, somut tehlikeyi ifade eden “*kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike*” kavramının hukuki niteliği tartışılmıştır. Somut tehlikenin bir objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiği kabulü üzerinden, suçun teşebbüste kalması, zamanaşımı, yer ve zaman bakımından uygulama gibi hususlarda objektif cezalandırılabilme şartının değil, fiilin ölçüt olarak alınması gerektiği ortaya konulmuştur.

Suçu ve suçluyu övme suçunun benzerlik gösterdiği suç işlemeye tahrik (TCK md.214), örgüt propagandası (TCK md.220/8), terör amacıyla işlenen suçlar (TMK md.4) ve terör örgütü propagandası (TMK md.7/2) suçlarına ilişkin açıklamalara yer verilerek içtima bahsinde uygulanacak hükümler tespit edilmiştir.

Suçu ve suçluyu övme suçunun uygulamada doğurduğu bir diğer ihtilaflı alanın ise objektif cezalandırılabilme şartı olan somut tehlikenin gerçekleşmemesi halinde hangi hükmün verileceğine ilişkin olduğu görülmüştür. 5271 s. CMK’de objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmemesi halinde hangi hükmün verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna ilişkin olarak düşme veya ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın verilmesi gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur. Konunun açıklığa kavuşturulması adına düşme kararıyla ceza verilmesine yer olmadığına dair karar arasında, söz konusu olaya ilişkin ihtilafın, bir diğer ifadeyle fail ve fiile ilişkin tespitin yapılmış olması bakımından büyük farklılıklar olduğu, bu bakımdan objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, ancak fail, fiil ve somut tehlikeye ilişkin tespit yapıldıktan sonra mümkün olması, bu bakımdan bir muhakeme engeli niteliğini haiz olmaması dikkate alınarak, şartın gerçekleşmemesi halinde düşme kararın verilmesinin yerinde olmadığı açıklanmıştır. Objektif cezalandırılabilme şartlarının şahsi cezasızlık sebeplerinin objektif karşılığı olduğu kabul edilmesi, şartın gerçekleşmemesinin esasında doğmuş olan cezalandırma yetkisinden vazgeçilmesi anlamına geldiği, bu niteliğin şahsi cezasızlık sebeplerinde de mevcut olduğu vurgulanarak, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği, yani suçu ve suçluyu övme sonucunda kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlikenin doğmadığı tespit edildiği takdirde, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak ideal olarak, bu husustaki boşluğun bir kanun değişikliği yapılarak giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Akgündüz, Said Nuri: “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, **AİBÜİFD**, C:4, S:8, 2016, s.1-16.
- Apiş, Özge: **Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK md.216)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Arslan, Zühtü: “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksek-mahkemesi-karalarinda-ifade-ozgurlugu.pdf> .
- Arslan, Zühtü: “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık ve Mevcut Tehlikenin Tehlikeleri”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S:24, Y:6, 2001, s.14-22.
- Article 29 Data Protection Working Party **Opinion on the Necessity and Proportionality**, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51517.
- Artuk, Mehmet Emin; Alşahin, Mehmet Emin: “Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve Zamanaşımı”, **MÜHFD-HAD**, C:19, S:2, 2013, s.17-44.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

M. Emin; Çakır,

Kerim:

Artuk, Mehmet **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Adalet
Emin; Gökçen, Yayınevi, 2017.

Ahmet; Alşahin,

M. Emin; Çakır,

Kerim:

Artuk, Mehmet **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Turhan
Emin; Gökçen, Kitabevi, 2004.

Ahmet;

Yenidünya, A.

Caner:

Atakan, Arda: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi
Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”, **MÜHF-HAD**, C:16, S:3-
4, s.29-36.

Aydın, Öykü **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku –**
Didem: **1**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Aydın, Öykü “Yeni Ceza Kanunu ve Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış”,
Didem: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:6-9, 2006, s.119-143.

Aydın, Öykü “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce
Didem: Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, **HHFD**, C:1, S:2,
s.26-63.

Aynural, Ömer “Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye
Metehan: Sokma Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler**
Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

- Bacaksız, Pınar: “TCK’da Yer Alan İflas Suçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- Bahçe, Ahmet; Demir, Abdullah: “Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü”, **Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, C:1, S:2, 2017, s.18-48.
- Bayraktar, Köksal: **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- Bekar, Elif: **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Birtek, Fatih: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Bodur, Nurullah; Özkul, Eshat: **Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Can, Osman: “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5.Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2017.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2011.
- Cihan, Erol: “Cürüm Fiilini Övmek”, **İÜHFİM**, C:34, S:1-4, s.108-128.

- Costa, Jean-Paul: “The European Court of Human Rights and Its Recent Case Law”, **Texas International Law Journal**, Vol:38, pp.455-467.
- Çelik, Can: “Terörizmin Propagandası Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Çetindağ, Funda: “Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Bağlamında Kamu Düzeni”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2004.
- Çoban, Zübeyir: “İfade Özgürlüğü ve Suç Örgütünün veya Amacının Propagandasını Yapma Suçu (TCK md.220/8)”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- Daragenli, Vesile Sonay: “Tehlike Suçları”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1998.
- Doğan, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, **TAAD**, S:16, 2014, s.179-208.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım Cilt: I**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Dursun, Selman: “İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C:23, S:1-2, 2011, s.251-294.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin: “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights” **German Law Journal**, Vol.12, No.10, 2011, s.1731-1745.

- Egemenoglu, Alaaddin: **Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Erem, Faruk: “Cezalandırılabilme Objektif Şartı”, **AÜHFD**, Cilt:27, Sayı:3, 1970, s.9-14.
- Erem, Faruk: **Türk Ceza Hukuku – Cilt: I Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974.
- Erem, Faruk: **Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959.
- Erem, Faruk: **Türk Ceza Hukuku Cilt: III**, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985.
- Erem, Faruk; Toroslu, Nevzat: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2003.
- Ersoy, Uğur: **Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Evik, Ali Hakan: “Hileli İflas Suçunda Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD**, C:19, S:2, 2013, s.1087-1099.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **TAAD**, S:25, 2016, s.1-19.
- Gerçekler, Hasan: **Türk Ceza Kanunu – Cilt: 2**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Gökçen, Ahmet: **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.
- Gökçen, Ahmet: “Kamu Barışına Karşı Suçlar”, **Polis Dergisi**, S: 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s.2-9.

- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku – Cilt: II**, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat: **Türk Ceza Kanunu Açıklaması – Cilt: III**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1969.
- Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut: **İdare Hukuku – Cilt: I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Greer, Steven: **The Exceptions to Article 8 to 11 of the European Convention on Human Rights**, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997.
- Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2015.
- Hafizoğulları, Zeki; Güngör, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBBD**, S:69, 2007, s.21-50.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Heinrich, Bernd, Çev.: Hakeri, Hakan; Ünver, Yener; Özbek, Veli Özer; Erman, Barış; Doğan, Koray; Atladı, Ramazan Barış; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker: **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Işıka, Sertaç: “Hileli İflas Suçu”, **İÜHFM**, C:81, S:1, 2013, s.607-624.

- İçel, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler II**, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2013.
- İçel, Kayıhan; **Suç Teorisi**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Sokullu-Akıncı, Beta Basım Yayın, 2005.
- Fusun; Özgenç,
İzzet; Sözüer,
Adem;
Mahmutoğlu, Fatih
Selami; Ünver,
Yener:
- Jahic, Galma; **Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma**
Yeşildalı, Burcu: **Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Kangal, Zeynel: “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, **İÜHFM**, C:68, S:1-2, 2010, s.151-168.
- Karagöz, Kasım: “İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2004.
- Karakaş Doğan, Fatma: “Cezanın Amacı ve Hapis Cezası”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009.
- Karan, Ulaş: **İfade Özgürlüğü**, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- Kindhäuser, Urs; **Strafgesetzbuch Band 2**, 4. Auflage, Nomos, 2013.
- Neumann, Ulfrid;
Paeffgen, Hans-
Ullrich:

- Koca, Mahmut; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş
Üzülmez, İlhan: ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2018.
- Kocasakal, Ümit; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade
Aksoy, Emine Özgürlüğü”, **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**,
Eylem; Memiş, İstanbul, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003.
- Pınar:
- Kunter, Nurullah: **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul Üniversitesi
Yayınları, 1949.
- Kuru, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku
Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Kuyucu, Nisan: “Yargının Siyasallaşması Çerçevesinde Suçu ve Suçluyu
Övme Suçu: Yeni Düzenlemenin Anlamı”, **AÜSBFD**, C:69,
S: 4, 2014, s.807-834.
- Mahmutoğlu, Fatih **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta
Selami; Karadeniz, Basım Yayın, 2017.
- Serra.
- Malkoç, İsmail: **Türk Ceza Kanunu – Üçüncü Cilt**, Ankara, Malkoç
Kitabevi, 2013.
- Marochini, Maša: “The Interpretation of the European Convention on Human
Rights”, **Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu**,
God:51, 1/2014, s.63- 84.
- Metin, Yüksel: “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük
İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, **SDÜHFD**, C:7,
S:1, 2017, s.1-74.
- Ordu, Özgecan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Temel Hak ve
Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu

Düzeni”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, On Özge: İki Levha Yayıncılık, 2011.

Önder, Ayhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.

Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 1992.

Önok, Murat: “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK md.179)”, **TBBD**, S:121, 2015, s.157-202.

Özbek, Veli Özer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Doğan, Koray; Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Bacaksız, Pınar;
Tepe, İlker:

Özbek, Veli Özer; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Doğan, Koray; Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Bacaksız, Pınar; 2018.

Tepe, İlker:

Özbey, Özcan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBBD**, S:106, 2013, s.41-92.

Özek, Çetin: “Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve TCK.nun 142/4. Maddesi ile İlgili İki Yargıtay Kararı”, **İÜHFM**, C:33, S:3-4, s.438-458.

Özek, Çetin: “1997 Türk Ceza yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, **İÜHFM**, C.56, S.1-4, 1998, s.21-68.

Özen, Muharrem: **Genel Tehlike Yaratan Suçlar**, Ankara, USA Yayıncılık, 2010.

- Özen, Muharrem; **Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku**, Ankara, Adalet Baştürk, İhsan: Yayınevi, 2011.
- Özen, Mustafa: **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Özen, Mustafa: “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları (TCK md.161, 162)”, **AÜHFD**, C:65, S:4, s.3567-3584.
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özgenç, İzzet: **Suç Örgütleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özlü, Ceren Ezgi: “ABD Yüksek Mahkemesi ve İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2015.
- Özsoy, Şule: “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, **TBBD**, S:56, 2005, s.29-47.
- Öztürk, Bahri; **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, TCK Erdem, Mustafa Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin Ruhan: Yayıncılık, 2018.
- Parlar, Ali: **Asliye Ceza Davaları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2016
- Pekcanitez, Hakan; **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 6728, 6763 ve 7101 Atalay, Oğuz; Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Sungurtekin Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Özkan, Meral;

Özekes,

Muhammet:

Sancar, Türkan: **Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Sottiaux, Stefan: “The Clear and Present Danger Test in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **ZaöRV**, S.63, 2003, s.653-679.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Sözuer, Adem: “Önsöz Yerine-Türk Ceza Hukuku Reformu”, **İÜHFM**, C:33, S:1, s.1-21.

Spencer, Taylor: “Twitter in the Age of Terrorism: Can a Retweet Constitute a True Threat?”, **First Amendent Law Review**, Vol:15, 2017, s.497-521.

Şahbaz, İbrahim: **Türk Ceza Kanunu - 2.Cilt**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Şahin, Kemal: “Farklı Özgürlük Anlayışları Çerçevesinde İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Sınırlandırılması”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.

Şen, Ersan: “Suçu ve Suçluyu Övme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S:7, 2008, 101-118.

Şen, Ersan: **Suç Örgütü**, İstanbul, Yargın Hukuk Yayınları, 2013.

- Çelik Şeşen, **Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru**, Hülya: Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Şirin, Tolga: “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, S:4, 2013, s.359-399.
- Toroslu, Haluk: “Ceza Müeyyidesi”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Toroslu, Haluk: “Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan Cilt: II**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.
- Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 24. Baskı, 2018
- Tozman, Önder: **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Turinay, Faruk: **Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Tümay, Murat: “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Ankara Law Review**, Vol:5, No:2, 2008, pp.201-234.
- Türay, Aras: **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Uruşak, Uğur: **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

- Ünver, Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ünver, Yener; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Adalet Hakeri, Hakan: Yayınevi, 2018.
- Yalçın Sancar, “Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Türkan: Değişikliklerin Anlamı”, **AÜHFD**, C:52, S:1, 2003, s.89-99.
- Yaşar, Osman; **Türk Ceza Kanunu – 5. Cilt**, Tamamen Gözden Geçirilmiş Gökcan, Hasan 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Tahsin; Artuç, Mustafa:
- Yavuz, Hakan A.: “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”, **TAAD**, S:23, 2015, s.85-115.
- Yenisey, Feridun; **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Gözden Plagemann, Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Gottfried: Yayın, 2015.
- Yıldız, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- Yılmaz, Mehmet “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri”, Şerif: **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- Yokuş Sevik, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK md.257)”, **DÜHFD**, Handan: C:23, S:39, 2018, s.257-316.
- Yüksek, Mehmet: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **TAAD**, S:25, 2016, s.115-161.

Yüksel, Saadet: **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, İstanbul, Alfa Basım Yayın, 2015.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK Md.1-75**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015.

ABD hukukuna ilişkin mevzuat: <https://www.law.cornell.edu/constitution>

ABD Yüksek Mahkemesi kararları: <https://supreme.justia.com/>

AIHM kararları: <https://hudoc.echr.coe.int/>

Anayasa Mahkemesi kararları: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Türk hukukuna ilişkin mevzuat: <https://www.mevzuat.gov.tr/>, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>

Yargıtay kararları: <http://www.kazanci.com/>