

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TCK MADDE 301: TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE
CUMHURİYETİ DEVLETİNİ, DEVLETİN KURUM VE
ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Umur AKSAKAL

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL

TEMMUZ, 2019

ÖNSÖZ

Öncelikle lisans dönemimde bana Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku' nu sevdiren ve bu alanda akademisyen olma isteğimi artıran Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi' ndeki hocalarıma, daha sonra danışmanım olmayı kabul eden ve tez konusunda yardımlarını esirgemeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL' a en içten dileklerle teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

İstanbul Ticaret Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı' nda, Sayın Prof. Dr. Kayıhan İçel' in yanında ve gözetmenliğinde Araştırma Görevlisi olarak görev yaparken öğrendiğim ve öğreneceğim değerler, yeni bilgiler ve deneyimler için, ayrıca bana engin hukuk denizinde edinilmesi gereken nice bilgilerin olduğunu hatırlattığı için Sayın Hocam' a saygılarımla teşekkür ediyorum. Bana manen ve hukuksal olarak yardımcı olan İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi' nin tüm değerli akademisyenlerine de teşekkürlerimi borç bilirim.

Yüksek lisans tez savunması için jüride yer almayı kabul eden Hocam Prof. Dr. Kayıhan İçel ile lisans ve yüksek lisans dönemlerinde kendisinden ders görme şerefine nail olduğum ve bana bu süreçte en yararlı eleştirileri yapan Hocam Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL' a ayrıca saygılarımı ve teşekkürlerimi arz ederim.

Tez yazım sürecinde bana kütüphanesinden yararlanma fırsatı veren, başta Sayın Ali Haydar BENĞİ ve Sayın Begüm Bengi YILDIRIM olmak üzere Bengi Hukuk Bürosu' nun tüm değerli avukat ve çalışanlarına saygılarımla minnetlerimi sunarım.

Bugüne gelmemde emeği olan Notre- Dame de Sion Özel Fransız Lisesi' ndeki tüm saygıdeğer hocalarıma, Galatasaray Üniversitesi' nde lisans ve yüksek lisans dönemlerimde benden yardımlarını ve ilgilerini esirgemeyen tüm hocalarıma şükranla teşekkür ederim.

Son olarak, bana tez yazım dönemimde her konuda destek olan arkadaşlarım ve özellikle sevgili Aylin AYDOĞAN' a ve doğduğumdan bu yana benim için her zaman en iyisini isteyen ve bunun için uğraşan, her daim beni düşünüp kollayan, aldığım her kararda arkamda olup beni destekleyen, beni her daim seven aileme, geri ödenmesi mümkün olmayan bu fedakârlıklarından dolayı sonsuz minnetlerimi ve teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	viii
RESUME	x
ABSTRACT	xv
ÖZET	xx
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL BİLGİLER

I- MADDENİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	4
A- 01.03.1926 Tarihli 765 Sayılı Kanun	4
B- 1936 Değişikliği	5
C- 1938 Değişikliği	9
D- 1946 Değişikliği	11
E- 1961 Değişikliği	13
F- 2002 Değişiklikleri	15
1- 4744 Sayılı Kanun Değişikliği.....	15
2- 4771 Sayılı Kanun Değişikliği.....	16
G- 2003 Değişikliği	17
H- 5237 sayılı Kanun.....	18
İ- 2008 Değişikliği	22

II- ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE DURUM	27
A- Fransa	27
B- Almanya	29
C- İtalya.....	30
D- Rusya.....	31
E- Polonya.....	32
F- Belçika.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN ANALİZİ

I- KORUNAN HUKUKİ MENFAAT	35
II- KORUNAN KURUMLAR ve DEĞERLER	36
A- Türk Milleti	36
1- “Türk” ve “Türklük” Kavramları.....	38
2- “Millet” Kavramı	42
B- Türkiye Cumhuriyeti Devleti	44
1- Cumhuriyet	44
2- Devlet.....	48
C- Türkiye Büyük Millet Meclisi.....	50
1- Önceki Meclislerin Durumu	51
D- Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti	54
1- 6771 s. k. ile Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Işığında “Hükûmet” Kavramı	58
E- Devletin Yargı Organları.....	59
1- Yüksek Mahkemeler	61
2- Yüksek Seçim Kurulu	63
3- Hâkim, Savcı ve Avukatlar	68

F- Devletin Askerî ve Emniyet Teşkilatı	70
1- Devletin Askerî Teşkilatı	74
a- Türk Silahlı Kuvvetleri	74
b- Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı	76
2- Devletin Emniyet Teşkilatı	79
a- Gümrük ve Orman Muhafaza Kuvvetleri	80
b- Polis Teşkilatı.....	82
c- Korucular.....	83
d- Çarşı ve Mahalle Bekçileri.....	84
e- Belediye Zabıtası.....	85
f- Özel Güvenlik Görevlileri.....	85
III-FAİL	86
A- Cumhurbaşkanı.....	86
B- Yasama Sorumsuzluğu Olanlar	88
1- Milletvekilleri	88
2- Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar	89
IV-MAĞDUR.....	91
V-SUÇUN HUKUKİ KONUSU.....	93
VI-SUÇ GENEL TEORİSİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME	95
A- Tipe Uygun Eylem (Maddi Unsur)	95
1- Eylem	95
a- Hareket	95
aa- Kavram	95
bb-Madde Kapsamında “Hareket” Unsuru	96
i- 301. Madde Öncesi Dönem.....	96
ii- 301. Madde Sonrası Dönem.....	97
cc- Aleniyet.....	101
i- Aleniyetin Niteliği.....	109

dd-Hareketin Türü Bakımından	111
i- İcrai- İhmali- İhmal Suretiyle İcrai Hareket	111
ii- Birden Çok Hareketli- Seçimlik Suçlar Kapsamında Hareket	113
iii-Serbest Hareketli- Bağlı Hareketli Suç	113
b- Netice	114
aa- Zarar Suçu- Tehlike Suçu	114
bb-Ani- Sürekli (Mütemadi) Suçlar	116
c- Nedensellik Bağı (İllyet Rabıtası).....	116
2- Eylemin Tipikliği.....	117
B- Hukuka Aykırılık.....	124
1- Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	124
a- Hakkın Kullanılması	124
aa- Düşünce Özgürlüğü	125
bb-İfade Özgürlüğü	127
cc- Basın ve Haber Alma Özgürlüğü.....	131
dd-Eleştiri Hakkı	134
C- Kusurluluk (Manevi Unsur)	139
1- Genel Kastı Kabul Eden Görüş.....	141
2- Özel Kastı Kabul Eden Görüş.....	143
3- Değerlendirme	145
VII-SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER	148
VIII-SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	152
A- Teşebbüs.....	152
B- İştirak.....	161
1- Suçun Basın- Yayın Yoluyla İşlenmesi	162
2- Suçun İnternet Ortamında İşlenmesi.....	164
C- İçtima.....	166
IX-YAPTIRIM	171

X- USUL HÜKÜMLERİ	172
A- İzin Şartı	172
SONUÇ.....	180
KAYNAKÇA	182
I. KİTAPLAR.....	182
II. TEZLER.....	184
III.MAKALELER.....	184
IV.WEB SİTELERİ.....	185
ÖZGEÇMİŞ.....	186



KISALTMALAR

5237 s. k.	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
6771 s. k.	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
765 s. k.	: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
ACK	: Alman Ceza Kanunu
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B	: Birleşim
Baş.	: Başvuru
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviri
D	: Dönem
D. Meclisi	: Danışma Meclisi
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
E.	: Esas
Ibid.	: Ibidem
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
no	: numara
O.	: Oturum
op. cit.	: opus citatum
RG	: Resmi Gazete
s. k.	: sayılı kanun
S. sayısı	: Sıra sayısı
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SEC	: Supreme Election Committee
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCHD	: Türk Ceza Hukuku Derneği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TPC	: Turkish Penal Code

TSK : Türk Silahlı Kuvvetleri
vb. : ve benzeri
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YSK : Yüksek Seçim Kurulu
YY : Yasama Yılı



RESUME

"Le dénigrement public de la nation turque, de l'Etat de la République de Turquie ou des institutions et organes de l'Etat" qui est un crime puni par le code pénal turc en son article 301, est placé dans la sous-section "les Crimes contre la Signe de la Souveraineté de l'État et la Réputation de ses organes" compris dans la section "Crimes contre la nation et l'État et dispositions finales". Le premier alinéa de l'article dispose d'une peine de six mois à deux ans d'emprisonnement pour le dénigrement public de la nation turque, de l'Etat de la République de Turquie, de la Grande Assemblée Nationale de Turquie, du gouvernement turc et des institutions juridiques de l'Etat. Le deuxième alinéa prévoit que le dénigrement d'organisation militaire et de sécurité de l'Etat soit puni conformément à premier alinéa. Le législateur, en prévoyant une condition de légalité, ajouta l'énoncé suivant: "L'expression d'une pensée à visée critique ne constitue pas un délit." dans son troisième alinéa. Enfin, le quatrième alinéa place la compétence du ministre de la Justice pour toutes inculpations au nom de cet article.

Cet article a fait l'objet de nombreuses controverses dans la doctrine et la politique pendant de nombreuses années, certains tendant au retrait alors que d'autres réclamaient la modification de cette article. Il y a eu aussi des cas d'affaire dans lequel des personnes du monde médiatique à statut varié ont été jugés sur la base de cet article ; faisant de celui-ci un crime connu du monde politique et médiatisé. Des recommandations de modification de l'article ont généralement été formulées lors d'événements spécifiques. Des changements apportés après le procès de personnes jouissant d'une reconnaissance publique ou après le processus d'adhésion à l'Union européenne peuvent être cités à titre d'exemple. Quelle que soit la source, des modifications ont été apportées à l'article pour le rendre en meilleur adéquation avec les droits et libertés de l'homme. Les limites de la peine ont été réduites et les amendes pécuniaires prévues ont été abrogé.

L'article 301 du code pénal turc a été introduit en 1926, puis modifié à neuf reprises. Certaines de ces modifications, tels que celles relatives aux sanctions ne seront pas considérés comme importantes, tandis que d'autres auront changé considérablement son contenu. Dans certains cas, Ce n'est pas les changements opérés sur le code pénal turc mais les modifications constitutionnelles qui modifient foncièrement la structure de cet article. L'exemple le plus récent est la modification constitutionnelle de 2017. Où, d'importants changements ont été apportés aux pouvoirs exécutif et judiciaire, de sorte que certaines des institutions énumérées dans l'article ont été directement affecté, par exemple 'Le Gouvernement de la République de Turquie'. Cette institution, protégée par ledit article, s'est vu supprimé par modification constitutionnel, ainsi la protection d'une institution qui n'existe pas actuellement et juridiquement peut créer des problèmes dans la pratique.

Un autre problème est que certains auteurs ayant la protection des assemblées antérieures soumises au même ordre constitutionnel ont défendu en même temps l'exécution des assemblées soumises aux constitutions antérieures telles que le Sénat républicain. Comme indiqué dans cette étude, cet avis peut nous amener à des conclusions contraires à l'esprit de l'article 301. Parce que c'est la dignité de l'Etat qui doit être protégée par l'article. Cette dignité se manifeste, dans l'article par le prestige et le prestige des institutions de l'État telles que l'Assemblée et le Gouvernement. Cependant, l'organisme que nous appelons État reste la même, même si différents ordres constitutionnels sont créés et qu'un seul État existe, même si différentes constitutions sont utilisées. Par conséquent, à notre avis, l'objectif étant de préserver la dignité de l'État, toutes les assemblées et tous les gouvernements, précédents et actuels, formés sous le même État, qu'ils soient établis dans un ordre constitutionnel différent ou non, devraient entrer dans le champ de cet article. Selon nous, ces sont les Assemblées qui précèdent l'état et le gouvernement de la République de la Turquie qui ne devraient pas être intégrés dans le contenu. Par exemple, l'Assemblée nationale de l'Empire Ottoman, ne devrait pas figurer parmi les organes judiciaires énumérés dans l'article 301.

Une autre question importante, parallèlement au problème ci-dessus, relève des conséquences de l'abolition des tribunaux militaires, de la Cour d'appel militaire et de la Cour administrative militaire par l'amendement constitutionnel. Car, ces cours qui ont été sous la direction du pouvoir judiciaire préalablement au changement constitutionnel, ont été abolies avec celui-ci. Néanmoins, dénigrer publiquement des institutions devenues inexistantes, ou insulter l'Assemblée ou le Gouvernement devrait être considérée à même égard et punies sur les mêmes motifs. Bien que ces organes aient été supprimés des champs judiciaires, leurs dignités doivent être maintenues des lorsqu'elles ont été établies sous le même régime, et dans le même Etat.

Un autre sujet controversé relève de ce qui va ou non être inclus dans le contenu des organes judiciaires de l'Etat. Entre autres, les juges, procureurs et avocats, considérés comme le personnel judiciaire, peuvent-ils être partie à une procédure ? Cependant, ce thème a été discuté dans notre étude, en même temps que les champs couverts par les cours suprêmes et le statut controversé de certaines institutions telles que la Cour des comptes ou le conseil suprême d'élection.

Pour poursuivre l'étude de l'article 301, il est important de le confronter à la pratique faite par d'autres états du monde, notamment les pays européens sont également pris en considération. On verra à partir de ces exemples que le type d'infraction visé par l'article 301 existe également dans la législation d'autres pays. Donc, la protection de la dignité de l'État et de ses institutions affiliées est donc considérée comme une nécessité dans de nombreux endroits du monde. Bien que de nombreuses institutions soient mentionnées dans les articles réglementant cette infraction, à la fois dans le code pénal turc et dans la législation d'autres pays, les intérêts principalement destinés à être protégés sont des concepts abstraits tels que «personnalité spirituelle» ou dignité dans la plupart de ces lois.

Outre ces institutions qui se situent sous l'organisation de l'État, le concept de nation turque est également inclus à l'article 301. Essentiellement, la protection ici est sur toutes les valeurs et les traditions de cette nation, plutôt que le peuple qui la

compose. Cependant, il est controversé que ‘ la nation’ soit réglementée dans cet article. Car, la nation n’est ni une souveraineté de l’État ni l’un des organes de l’État.

Ce qui est inclus dans l’organisation militaire et de sécurité de l’État mentionné dans la deuxième section de l’article 301 est également examiné séparément. Tenant compte des récents changements apportés au commandement général de la gendarmerie et au commandement des garde-côtes, il a été demandé si ces deux commandements entreraient dans les organisations militaires et de sécurité. Bien que la législation relative à ces deux commandements ait été modifiée et supprimée de la structure des forces armées turques et entièrement rattachée au ministère de l’Intérieur, compte tenu des devoirs et des pouvoirs qui leur sont assignés, il convient de reconnaître qu’elle figure toujours dans l’organisation militaire et de sécurité de l’État, conformément à l’article 301.

En ce qui concerne l’auteur du crime, le président et les personnes qui bénéficient d’immunité législatif ont été mentionnés. Avec l’amendement constitutionnel de 2017, les vice-présidents et les ministres ont également été inclus parmi les bénéficiaires d’immunité législative. Les responsabilités pénales du président, des vice-présidents et des ministres ont été élargies avec le nouvel amendement et les trois ont été remplacés à l’article 301, de sorte qu’ils peuvent être auteurs de l’infraction. Toutefois, en prenant comme un sujet controversé, il a été décidé si la victime du crime était l’État ou la société et pour que la dignité de l’Etat soit protégée par le résultat, il faut mentionner que la victime doit être l’État.

Dans les étapes ultérieures de notre travail, en examinant l’article 301 au regard de la théorie générale de la criminalité, ‘la publicité’ a été considéré comme l’un des éléments importants. Premièrement, il est question de savoir si la publicité est un élément du crime ou une condition punitive objective. Une bonne détermination de la qualité de cette question est essentielle pour une bonne analyse du crime. Considérant que la condition de punition objective peut être remplie une fois que tous les éléments de l’infraction ont été commis et que l’infraction ne peut être commise sans publicité, on peut facilement dire que la publicité est un élément de l’infraction à l’article 301, comme indiqué dans les arrêts de la Cour suprême.

Comme pour tous les crimes, pour l’infraction visée à l’article 301 aussi l’élément de légalité est l’un des éléments les plus importants du crime. L’élément de légalité dans le type de crime examiné est vague depuis des années et cette ambiguïté a été tentée pour être surmontée par des divers changements. Après les modifications, "Le turcité" a été remplacé par "la nation turque" et la personnalité morale du gouvernement a été incluse dans l’article en tant que gouvernement. Toutefois, d’après la Cour européenne des droits de l’homme, certaines de ces modifications ont été apportées uniquement par lettre et n’ont pas modifié le contenu du concept ni fourni la concrétisation de l’article. Bien que le texte du présent article soit relativement plus clair que les périodes précédentes, il n’existe toujours pas de définition concrète de ce que "dénigrement" est’. Bien que la justification de l’amendement de 2008 indique que le dénigrement correspondrait à ‘l’insulte et l’abaissement’ dans l’ancienne loi ; il est possible de dire que ces deux concepts ne peuvent avoir de sens et qu’ils facilitent la formation du crime en allégeant le poids de l’expression dans l’ancienne loi.

Dans le cadre du crime, il faut aussi prendre légalité comme une autre problématique. Etant donné que l'infraction visée à l'article 301 se manifeste sous la forme d'un mot, d'un acte ou d'un comportement, la liberté de pensée et d'expression d'une personne sera mise en cause. En déterminant l'existence du crime, il faut tracer les limites tout en respectant ces libertés, et ne faut pas faire du mal aux lois qui sont sous la protection de la constitution et de la cour européenne des droits de l'homme. La liberté de la presse et de l'information qui est un des conditions de l'égalité a également été mentionnée dans notre étude. Comme prévu, la presse est l'une des plus importantes institutions d'information du public. Il est également reconnu que certaines informations peuvent être adressées aux organes législatifs, exécutif et judiciaire et faire l'objet de critiques. Le même sujet n'est pas seulement connu pour les infos mais aussi s'applique aux articles (et de presse), aux poèmes, aux essais etc... Les critiques sévères de certaines institutions relevant de la structure de l'État et de ces pouvoirs devraient être considérées dans le cadre de la liberté de critique et de signalement, à moins qu'elles ne soient dénigrées. Si l'expression du crime visée par l'article 301 est mise en pratique de ces manières, un régime totalitaire sera dirigé et le droit de la société à l'information sera compromis. Toutefois, le droit de critique sur la liberté de la presse a également été exclu du champ d'application de l'article 301 et une exception lui a été accordée. Comme indiqué dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les déclarations qui heurtent, inquiètent, qui sont désagréables, choquantes et troublantes doivent être protégées dans le cadre du droit à la critique.

Une autre question controversée liée au crime dans l'article, si le crime peut être commis par une intention générale ou par une intention spéciale. Selon certains auteurs de la doctrine, le texte de l'article ne précise pas qu'une intention spéciale est requise. Cependant, un nombre considérable d'auteurs, ont déclarés que le dépassement des limites de la critique exige un effort particulier et que les expressions utilisées doivent avoir une intention spéciale, humiliantes et ravalant afin d'évaluer les expressions de la personne dans le cadre du crime. À notre avis, le fait que le législateur n'ait pas indiqué que l'infraction serait commise si l'acte était commis dans un but ou un motif spécifique indique que l'infraction peut être commise par intention générale. En conséquence, il suffit que l'auteur sache que l'intention de dénigrer et l'expression utilisée sont dénigrantes pour être considérés comme un crime.

La possibilité de tentative de crime prévue à l'article 301 est un autre problème qui doit être évalué correctement. Les tentatives de commettre des crimes pour lesquels les actions coercitives peuvent être divisées ne seront pas possibles dans les crimes non divisibles. 'La dénigrement public' peut sembler à première vue être un mouvement indivisible. Si l'on souhaite établir une similitude avec l'infraction définie à l'article 125 du code pénal turc, où il est considéré possible que la tentative soit possible dans les cas où cette infraction peut être commise par lettre ou par télégraphe. Toutefois, il convient de noter que contrairement à la diffamation, l'infraction visée à l'article 301 ne peut être commise que publiquement. Alors qu'il n'y a pas de publicité dans le cas de la correspondance de deux personnes ou de l'envoi de messages par télégraphe. Divers exemples doivent être suivis, afin de comprendre si la tentative de crime est possible dans le cadre du crime que nous examinons. Ces exemples sont inclus dans notre étude et, à la suite de cela, il est possible de poursuivre ce crime dans les cas où la personne ne peut pas rendre le crime public pour des raisons qu'elle ne possède pas, alors même qu'elle agit de manière objective et commode pour le commettre.

Dans les sections suivantes, des questions plus détaillées telles que la perpétration du crime par la presse ou sur Internet ont été introduites. Il a été mentionné que l'autorisation était prévue pour la phase d'enquête et que celle-ci avait été accordée par le ministre de la Justice ce qui pouvait porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs.

Finalement, la nécessité de l'abrogation de l'article 301 ainsi que le contenu de l'infraction qui fait l'objet de discussion depuis des années ont été soulignées et une observation de l'augmentation des accusés ont été un fait. Ce crime, qui a une apparence fluctuante en termes de mise en œuvre, s'apparente à une pince chaude car il est étroitement lié aux droits et libertés fondamentaux. Vous devriez faire très attention en tenant cette pince de sorte que la main ne devrait pas brûler. La liberté de pensée et d'expression, le droit de critique et la liberté de la presse, droits et libertés extrêmement sensibles, ne doivent pas être écartés dans ce type de crime, ils doivent au contraire toujours être pris en compte et le sens de la justice des individus et de la société ne doit pas être sacrifié pour la protection de l'État et de ses institutions.



ABSTRACT

"Public denigration of the Turkish nation, the State of the Republic of Turkey, or the institutions and organs of the State" is a crime punishable under Article 301 of the Turkish Penal Code, under the sub-section "Crimes Against the Sign of State Sovereignty and the Reputation of its Organs" within the section denoted "Crimes Against the Nation and State, and Final Clauses". The first clause of the article sets out mandatory sentencing of six months to two years of imprisonment for the public denigration of the Turkish nation, the State of the Republic of Turkey, the Grand National Assembly of Turkey, the Turkish Government, or State judicial bodies. The second clause provides that denigration the Turkish armed forces or State security forces shall be punished in accordance with the first clause. Legislators, foreseeing a need for compliance with the law, added the following statement: "The simple expression of thought with a critical aim is not itself an offense" in its third clause. Finally, the fourth clause of the article states that investigation under Article 301 is subject to the permission of the Ministry of Justice.

This specific article has been widely discussed in both doctrine and politics for many years, as well as by many writers who hope to amend or remove the article, along with those who have stated the article should be included in the law. There have also been cases in which famous figures were accused of the crime, and as a result the crime became more well-known and discussed by the public. Affective recommendations for amendments to the article have generally arisen via such featured events which directly focus public attention. Alterations generally made within the scope of the European Union membership assension process or after the trials of well-known individuals can be cited as examples. Regardless of the source, amendments to the article have been made to improve fundamental rights and freedoms; thus, upper and lower limits of the penalties were reduced and fines imposed for this offense were abolished.

The aforementioned law was first introduced in 1926, and has since been amended nine times. Some of these changes can not be considered significant, such as the original penalty guidelines in the article, while others have changed the content and scope of the article considerably. In some cases, other amendments to the statute, and not to the Turkish Penal Code, have affected the content of Article 301. The most recent example of which is the constitutional amendment of 2017. With this latest amendment, major changes were made in the executive and judiciary powers, and as a result, some institutions listed in Article 301 were affected. For example, enumerated in the article is "The Government of the Republic of Turkey". Protection of this institution under the article was abolished by the 2017 constitutional amendment. Therefore, the protection of any institution that is not *de facto* and only quasilegal with such an article may create problems in practice and enforcement.

Another problem is one advocated by certain authors: the protection of previous Assemblies subject to the same constitutional order while excluding of Assemblies subject to previous Constitutions, such as the Senate of the Republic. As stated in this study, this opinion may lead us to conclusions contrary to the actual spirit and intentions of Article 301. As it is the dignity of the State that is aspired to be protected under this article, *lèse-majesté* offences violate the prestige and respect of State institutions such as the Assembly and the Government. Although the formation we denote as the State remains the same under differing constitutional orders, and although different Constitutions are used, there remains only one State. Therefore, in our opinion, since the aim is to maintain the dignity of the State, all previous and current Assemblies and Governments formed under the same State, whether established in a different constitutional order, should fall within the scope of this article. In our opinion, the Assemblies and the Governments of the States before the State of Republic of Turkey were ones which should not be included in this scope. For example, the Parliament of the Ottoman Empire should not be counted among the judicial bodies listed in Article 301.

Another important issue in line with the problem above is the fate of the military courts, the Military Court of Appeals and the Supreme Military Administrative Court, which were abolished by the said constitutional amendment. Because these courts, created under the judiciary prior to the constitutional amendment, were abolished along with enactment of the amendment. Consequently, offences against currently non-existent institutions should also be considered in the same way as the comments made for the previous Assemblies and the Governments described above, and although it is removed from the scope of the judiciary, this institution should also be respected if it is established under that the same State.

Another controversial issue is the determination of which judicial branches are incorporated under the State judicial body. For example, can judiciaries, judges, prosecutors and lawyers also be included as part of this body? This study focuses on these issues and explains what is covered by the « Highest Courts », as well as the controversial status of other institutions such as the Turkish Court of Accounts, or SEC.

During examination of Article 301, not only Turkey but also some European countries will also be taken into consideration. As will be shown through these examples, the type of offense in Article 301 also exists in the legislation of other countries, which can lead us to the idea that the protection of the dignity of the State and its affiliated institutions are considered a necessity in many parts of the world. Although many institutions are mentioned in the Turkish Penal Code and the articles regulating this offense in the legislation of other countries exist, the interests originally intended to be protected in most of these laws are in fact abstract concepts such as “legal personhood” or “dignity”.

In addition to these institutions under State organization, the concept of the Turkish Nation is also included in Article 301. Essentially, what were desired to be under protection are all the values and traditions of this nation rather than the people that constitute the nation; however, it is controversial that the "nation" is arranged in this article knowing that “nation” is neither a sign of the sovereignty of the State, nor one of the organs of the State.

Aspects subject to the military and security organization of the state mentioned in the second clause of Article 301 has been examined separately. Taking into account recent changes in the Gendarmerie General Command and the Coast Guard Command, whether these two Commandies will enter into the military and security organizations has been discussed. Even though legislation related to these two Commandies has been amended and removed from the structure of the Turkish Armed Forces and completely attached to the Ministry of Interior, it should be accepted that they still constitute as part of “military and security organization of the State” as mentioned in Article 301.

As for the perpetrator of the crime, the President and those covered under Parliamentary immunity were mentioned. With the 2017 constitutional amendment, vice-presidents and ministers were also included among those who benefit from such immunity. Penal responsibilities of the President, Vice-Presidents and Ministers were expanded with the new amendment and all three have been made to become perpetrators of the offense in Article 301. Although whether the victim of the crime is a state or a society is also mentioned as a controversial issue. Hence, it should be stated that the victim shall be the State though it is the dignity of the State that is aspired to be protected.

In the later stages of our study, “publicity” is one of the important elements in Article 301, which is examined in terms of general criminal theory. First, whether publicity is an element of the crime or an objective punitive condition is discussed. Greater clarity on the determination of this issue is essential for a sound analysis of the crime itself. Considering that the condition of objective punishability may occur after all the elements of the offense arise and the crime cannot occur without publicity, it can be easily said that publicity is an inherent element of the offense in Article 301 as stated in Supreme Court decisions.

As with any crime, the element of legality is one of the most important elements for crime in Article 301. The element of legality in the type of crime examined has been vague for years while there have been attempts to address and overcome such ambiguity through a variety of changes. After alterations, for example Turkishness was replaced by the Turkish Nation and the legal personality of the Government was added to the matter as the Government, however, according to the ECHR some of these changes were made purely in name and have not changed the content of the concept, or made it possible to materialize the substance. Although the text of the present article is comparatively clearer than the previous versions, there is still no concrete definition of what “denigration” actually means. Although it is stated in the justification of the 2008 amendment that, the denigration would correspond to the defamation and deriding in the old law, it is possible to say that these two concepts cannot be synonyms and that the weight of the phrase in the old law is alleviated and facilitated the formation of the crime.

Another important issue to be mentioned within the scope of the crime examined is the reasons for compliance with the law. Since the crime in Article 301 is manifested in a way such as a word, an action or a behavior, a person's freedom of thought and expression will be at stake. In determining the existence of the crime, these freedoms and boundaries should be well-drawn, and these rights protected by the Constitution and the ECHR should not be infringed. “Freedom of the press and freedom of information” are also mentioned in our study for reasons of compliance with law. The press is acknowledged to be one of the most important institutions required for an

informed public. It is also acknowledged that some news, particularly commentary and analysis, may be directed at the legislative, executive or judicial organs and these bodies may be criticized. The same point also applies to not only the news but also for columns, articles, poems, essays etc. Harsh criticism of institutions under the state structure and within its powers should be considered within the scope of the freedom of criticism and reporting unless they are being unfairly denigrated. If the offense in Article 301 is applied to such events, a totalitarian regime would be enacted and the right to information by society would be impaired; The right to criticism in connection with freedom of press has also been excluded from the scope of Article 301 and an exception has been granted to it. As persistently stated in the ECHR decisions, cutting, disagreeable, shocking, even disturbing statements should be protected within the scope of the right to criticism.

Another controversial issue related to the crime in this article regards whether the crime can be committed by general intent or specific intent. From one side, according to some authors from the doctrine, there is no special indication in the article text that specific intent is required. From the other side, a considerable number of authors state that the limits of criticism require a special effort to be insulted and that the expressions used by the person must be used in a humiliating and vulgar manner with overt intent in order to be evaluated within the scope of crime. In our opinion, the failure of the legislation to indicate that the offense will occur if the action is carried out with a specific purpose or motive indicates that the offense can be interpreted to be committed via general intent. Accordingly, it is sufficient for the perpetrator to know that the intention is to insult and the expression used is insulting.

The possibility of attempting a crime in Article 301 is another issue that must be assessed correctly. At the same time, it is possible to attempt crimes in which their execution can be divided, but not for crimes that cannot be divided. Although “public denigration” may seem like an indivisible act at first glance, if it is desired to establish a similarity with the offense of contempt in Article 125 of the TPC, it should be accepted that an attempt is possible in cases where this offense can be committed by letter or telegraph. However, it should be noted that contrary to the offense of contempt, the offense in Article 301 could only be committed publicly. There is no publicity in the case of correspondence between two individuals or sending messages to each other by telegraph. In order to understand whether attempted crime is possible within the scope of the crime we are examining, various examples should be followed. These examples are included in our study and as a result, it is argued that it is possible to attempt this crime in cases wherein the person cannot make the crime public without the means to disseminate, even though he acts objectively with suitable means to commit the crime.

In the following sections, more detailed issues such as the committing of the crime through the press or the Internet have been introduced; finally, the “permission” which is the condition of prosecution is discussed. It was mentioned that permission was foreseen during the investigation phase and that were the Minister of Justice to grant such permission, this could infringe upon the principle of independence of powers.

In conclusion, the content of the offense in Article 301 has long been discussed and debated, the necessity of abrogation has been emphasized at certain times and there has been an increasing number of defendants tried for the crime. As it is so

closely related to fundamental personal rights and freedoms, this crime and its intermittent enforcement is similar to a pair of hot tongs one must be very careful while handling so as not to not burn one's own hand. As they are highly sensitive rights and freedoms, freedoms of thought and expression, the right to criticise and freedom of the press should not be put aside in this type of crime as in any other crime, on the contrary, they must be taken into great consideration at all times and the sense of justice for individuals and society should not unnecessarily nor carelessly be sacrificed for the protection of the State or its institutions.



ÖZET

“Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” suçu, Türk Ceza Kanunu’ nun 301. maddesinde, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” kısmı ve “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” bölümü altında düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına bakıldığında; Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı anlaşılmaktadır. İkinci fıkra ise Devlet’ in askerî ve emniyet teşkilatının alenen aşağılanması da ilk fıkraya göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkra da bir hukuka uygunluk nedeni öngören kanun koyucu; “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ibaresini maddeye eklemiştir. Son olarak maddenin dördüncü fıkrasında 301. maddeden dolayı soruşturma yapılmasının Adalet Bakanı’ nın iznine bağlandığı belirtilmiştir.

Madde yıllar boyu doktrinde ve siyasette çokça tartışılmış, maddenin değiştirilmesi ya da kaldırılmasını isteyen birçok yazarın yanında, maddenin kanunda yer almasının zorunlu olduğunu belirten kesimler de olmuştur. Bazı dönemler toplumca tanınan kişilerin suçun sanığı olduğu davalar da olmuş, suç kamu tarafından daha bilinir ve medyatik hale gelmiştir. Maddedeki değişiklik önerileri genelde özellikli olaylarda ortaya çıkmıştır. Toplumca tanınırlığı olan kişilerin yargılanmasından sonra ya da Avrupa Birliği’ ne üye olma süreci kapsamında yapılan değişiklikler buna örnek olarak gösterilebilir. Kaynağı ne olursa olsun maddede yapılan değişiklikler temel hak ve özgürlükleri iyileştirmek için yapılmak istenmiştir: Cezaların alt ve üst sınırları azaltılmış, suç için öngörülen para cezası kaldırılmıştır.

İlk olarak 1926 yılında kanuna giren bu madde, günümüze kadar dokuz kere değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin bazıları maddedeki ceza oranları gibi önemli sayılmayacak değişikliklerken, bazıları maddenin muhteviyatını bir hayli değiştirmiştir. Bazı durumlarda ise Türk Ceza Kanunu değil, mevzuatta yapılan diğer değişiklikler 301. maddenin içeriğini etkilemiştir. Bunun en güncel örneği de 2017 yılındaki Anayasa değişikliğidir. Bu değişiklik ile yürütme ve yargı erkinde büyük değişiklikler yapılmış, bunun neticesinde 301. maddede sayılan bazı kurumlar da etkilenmiştir. Buna örnek olarak maddede sayılan “Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti” verilebilir. Madde kapsamında korunan bu kurum, Anayasa değişikliği ile ilga edilmiştir. Dolayısıyla fiilen ve hukuken olmayan bir kurumun madde ile korunması uygulamada sorunlar yaratabilecektir.

Başka bir sorun ise bazı yazarların; aynı Anayasa düzenine tabi olan önceki Meclisler’ in madde kapsamında korunmasını, ancak Cumhuriyet Senatosu gibi önceki Anayasalar’ a tabi Meclisler’ in bu korumanın dışında bırakılmasını savunmasıdır. Çalışmada belirttiğimiz üzere bu görüş bizi 301. maddenin ruhuna aykırı sonuçlara götürebilir. Zira madde ile korunmak istenen Devletin saygınlığı olup, bu saygınlık;

kendini, maddede sayılan Meclis ve Hükûmet gibi Devlet kurumlarının prestiji ve bunlara duyulması gereken itibar ile gösterir. Ancak Devlet dediğimiz oluşum farklı Anayasal düzenler yaratılsa da aynı kalmakta, farklı Anayasalar kullanılsa da tek bir Devlet var olmaktadır. Dolayısıyla kanımızca amaç, Devlet’ in saygınlığını muhafaza etmek olduğu için farklı Anayasal düzen içinde kurulmuş olsun olmasın aynı Devlet altında oluşan önceki ve güncel tüm Meclis ve Hükûmetler bu maddenin kapsamına girmelidir. Bu kapsama giremeyecek olan bizce Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ nden önceki devletlerin Meclis ve Hükûmetleri’ dir. Örneğin Osmanlı Devleti’ ndeki Meclis- i Mebusan, 301. maddede sayılan yargı organları arasında sayılmamalıdır.

Önemli başka bir konu ise yukarıdaki soruna paralel olarak, Anayasa değişikliği ile kaldırılan askerî mahkemeler, Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’ nin akıbetidir. Zira Anayasa değişikliği öncesi yargı erki altında düzenlenmiş olan bu mahkemeler değişiklik ile birlikte ilga edilmiştir. Dolayısıyla var olmayan kurumları alenen aşağılama da yukarıda Meclis ve Hükûmet için yapılan yorumlarla aynı şekilde değerlendirilmeli, her ne kadar yargı organlarının kapsamından çıkartılsa da aynı Devletin çatısı altında kurulduysa bu kurumu da saygınlığı korunmalıdır.

Bir başka tartışmalı husus ise devletin yargı organlarının muhteviyatına nelerin gireceğidir. Örneğin birer yargı elemanı olarak görülen hâkim, savcı ve avukatlar da girebilecek midir? Bu hususların tartışıldığı çalışmamızda bununla birlikte Yüksek Mahkemeler’ in kapsamına nelerin girdiği ve Sayıştay ya da YSK gibi bazı kurumların tartışmalı statüleri de açıklanmıştır.

301. madde incelenirken sadece Türkiye değil, bazı Avrupa ülkeleri de göz önüne alınmıştır. Bu örneklerden görülecektir ki; 301. maddedeki suç tipi diğer ülkelerin mevzuatlarında da mevcuttur, dolayısıyla devlet ve devlete bağlı kurumların saygınlığının korunması, dünyanın birçok yerinde bir zorunluluk olarak addedilmektedir. Gerek TCK’ de gerek diğer ülkelerin mevzuatındaki bu suçu düzenleyen maddelerde birçok kurum sayılsa da aslen korunmak istenen menfaat bu kanunların çoğunda “manevi şahsiyet” ya da saygınlık gibi soyut kavramlardır.

Devlet organizasyonunun altında yer alan bu kurumların yanında 301. maddede Türk Milleti kavramı da yer almaktadır. Esasen burada da korunmak istenen bu milleti oluşturan insanlardan çok, bu milletin değer ve geleneklerinin tümüdür. Bununla beraber “millet” in bu maddede düzenlenmiş olması tartışmalıdır. Zira millet, ne devletin egemenlik alameti ya da devletin organlarından biridir.

301. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen devletin askerî ve emniyet teşkilatına nelerin girdiği de ayrı ayrı incelenmiştir. Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı hakkında yakın zamanda yapılan değişiklikler de göz önüne alınarak bu iki Komutanlığın askerî ve emniyet teşkilatı içine girip girmeyeceğinden de bahsedilmiştir. Bu iki Komutanlık ile ilgili mevzuat her ne kadar değiştirilmiş ve Türk Silahlı Kuvvetleri yapılanmasından çıkartılıp tamamen İçişleri Bakanlığı’ na bağlanmış olsalar da kendilerine verilen görev ve yetkiler ışığında halen 301. maddede belirtilen “devletin askerî ve emniyet teşkilatı” içinde yer aldığı kabul edilmelidir.

Suçun faili konusunda ise Cumhurbaşkanı ve yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu olan kişilerden bahsedilmiştir. 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte bu bağışıklıklardan yararlanan kişiler arasına Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar da sokulmuştur. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Bakanların cezai sorumlulukları, yeni değişiklik ile genişletilmiş ve bu üçü de 301. maddedeki suçun faili olabilecek duruma getirilmişlerdir. Bununla birlikte suçun mağdurunun devlet mi yoksa toplum mu olduğuna da tartışmalı bir konu olarak değinilmiş olup, neticeten korunmak istenen Devlet' in saygınlığı olduğu için mağdurun da Devlet olması gerektiği söylenmelidir.

Çalışmamızın sonraki aşamalarında suç genel teorisi açısından incelenen 301. maddede önemli olan unsurlardan biri de “aleniyet” tir. Öncelikle aleniyetin suçun unsuru mu yoksa objektif bir cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu tartışılmıştır. Bu hususun niteliğinin iyi belirlenmesi suçun iyi analiz edilebilmesi açısından elzemdir. Objektif cezalandırılabilirlik koşulunun, suç tüm unsurları ile gerçekleştikten sonra söz konusu olabileceği ve aleniyet olmadan suçun oluşmayacağı göz önüne alındığında, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere aleniyetin 301. maddedeki suçun bir unsuru olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

Her suçta olduğu gibi 301. maddedeki suç için de kanunilik (tipiklik) ögesi, suç için en önemli unsurlardan biridir. İncelenen suç tipindeki kanunilik unsuru ise yıllar boyu muğlak olmuş ve bu muğlaklık çeşitli değişiklikler ile giderilmeye çalışılmıştır. Yapılan değişiklikler sonrası örneğin; Türklük, yerini Türk Milletine bırakmış, Hükûmetin manevi şahsiyeti ise Hükûmet olarak maddeye işlenmiştir. Buna karşın AİHM' e göre, yapılan bu değişikliklerden bazıları tamamen lafzi olarak yapılmış olup kavramın içeriğini değiştirmemiş ya da maddenin somutlaştırılmasını sağlayamamıştır. Günümüzdeki madde metni önceki dönemlere göre nispeten daha anlaşılır olsa da “aşağılama” nın nelerden ibaret olduğu konusunda somut bir tanım yapılamamıştır. Her ne kadar 2008 değişikliğinin gerekçesinde aşağılamanın eski kanundaki “tahkir ve tezyif” e tekabül edeceği belirtilse de; bu iki kavramın anlamdaş olamayacağı ve eski kanundaki ibarenin ağırlığının hafifletilmek suretiyle suçun oluşumunu kolaylaştırdığını söylemek mümkündür.

İncelenen suç kapsamında bahsedilmesi gereken bir başka önemli konu da hukuka uygunluk nedenleridir. 301. maddedeki suç bir söz, eylem veya davranış gibi şekillerde kendini gösterdiği için kişinin düşünce ve ifade özgürlüğü söz konusu olacaktır. Suçun varlığı belirlenirken işte bu özgürlükler ile sınırın iyi çizilmesi, Anayasa ve AİHM nezdinde korunan bu haklara hâlel gelmemesi gerekir. Hukuka uygunluk sebeplerinden “basın ve haber alma özgürlüğü” ne de çalışmamızda değinilmiştir. Bilindiği üzere basın, kamunun bilgilenmesi için gereken en önemli kurumlardandır. Bununla birlikte bazı haberlerin yasama, yürütme veya yargı organlarına yönelik olabileceği, bunların eleştirilebileceği de kabul edilmektedir. Aynı husus sadece yapılan haberler için değil, yazılan köşe yazıları, makaleler, şiirler, denemeler vb. için de geçerlidir. Devlet yapılanması altında ve bu erklerin içinde yer alan bazı kurumların sert şekilde eleştirilmesi, bunlara aşağılamada bulunulmadığı sürece eleştiri ve haber verme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. 301. maddedeki suç bu tarz olaylara tatbik edilirse, totaliter bir rejime yönelmiş olunacak ve toplumun bilgilenme hakkı zarar görecektir. Bununla beraber basın özgürlüğü ile bağlantılı olan eleştiri hakkı da 301. madde kapsamından çıkartılmış ve kendisine bir istisna tanınmıştır. AİHM kararlarında da ısrarla belirtildiği gibi kırııcı, hoşla gitmeyen, şok edici, rahatsız edici ifadeler eleştiri hakkı kapsamında korunmalıdır.

Maddedeki suç ile alakalı bir başka tartışmalı konu ise; suçun genel kast ile mi yoksa özel kast ile mi işlenebileceğidir. Doktrinde bazı yazarlara göre madde metninde özel kastın gerektiği ile ilgili herhangi özel bir ibare bulunmamaktadır. Buna karşın azımsanmayacak sayıda yazar ise; eleştiri sınırlarının aşılp aşağılamada bulunulmasının özel bir çabayı gerektirdiğini ve kişi tarafından kullanılan ifadelerin suç kapsamında değerlendirilebilmesi için bunların özel kastla, küçük düşürücü, adileştirici şekilde kullanılmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Kanımızca, kanun koyucunun, hareketin özel bir amaç ya da saikle yapılması halinde suçun oluşacağını belirtmemesi suçun genel kast ile işlenebileceğini göstermektedir. Buna göre, failin aşağılama kastı ve kullanılan ifadelerin aşağılayıcı olduğunu bilmesi suçun oluşumu için kâfidir.

301. maddedeki suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı doğru şekilde değerlendirilmesi gereken bir başka husustur. Keza icra hareketlerinin bölünebildiği suçlara teşebbüs mümkünken, bölünemeyen suçlarda mümkün olmayacaktır. “Alenen aşağılama” ilk bakışta bölünemeyen bir hareket gibi görünse de TCK madde 125’ teki hakaret suçu ile benzerlik kurulmak istenirse, bir mektupla ya da telgrafla da bu suçun işlenebileceği durumlarda teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus hakaret suçunun aksine 301. maddedeki suçun ancak alenen işlenebilmesidir. İki kişinin mektuplaşması ya da telgrafla birbirlerine mesaj yollaması vakalarında ise aleniyet unsuru mevcut değildir. Suça teşebbüsün incelediğimiz suç kapsamında mümkün olup olmadığını anlayabilmek için çeşitli örnekler üzerinden gidilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda bu örneklerle yer verilmiş olup bunun neticesinde kişinin, suçu işlemek için objektif şekilde elverişli araçlarla hareket etmesine karşın elinde olmayan sebeplerle suçu aleni hale getiremediği durumlarda bu suça teşebbüsün mümkün olduğu savunulmuştur.

İlerleyen bölümlerde suçun basın- yayın yoluyla ya da İnternet ortamında işlenmesi gibi daha ayrıntılı konulara girilmiş, son olarak suçun muhakeme şartı olan “izin” e değinilmiştir. İzin soruşturması aşaması için öngörülmüş olduğundan ve bunun Adalet Bakanınca veriliyor olmasının erklerin bağımsızlığı ilkesine hâlel getirebileceğinden bahsedilmiştir.

Neticeten; 301. maddedeki suçun muhteviyatı yıllar boyu tartışılmış, bazı zamanlar ilga edilmesinin gerekliliği vurgulanmış, bazı zamanlarda ise suçtan yargılanan sanıklarda artış görülmüştür. Uygulanış bakımından dalgalı bir görüntü çizen bu suç, temel hak ve hürriyetlerle yakından ilişkili olduğu için bir yandan da sıcak bir maşaya benzer. Bu maşa tutulurken oldukça dikkatli olunmalı ve el yanmamalıdır. Son derece hassas hak ve özgürlüklerden olan düşünce ve ifade özgürlüğü, eleştiri hakkı ve basın özgürlüğü her suçta olduğu gibi bu suç tipinde de bir kenara atılmamalı, tam tersine her daim göz önünde bulundurulmalı, kişiler ve toplumun adalet duygusu Devlet’ i ve Devlet’ in kurumlarını koruma uğruna feda edilmemelidir.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Üçüncü Bölümü' nde 301. madde numarası ile düzenlenen “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” suçu, doksan üç yıllık tarihi boyunca temel hak ve hürriyetlerin sınırlarının genişlemesi ile belki de ülkemizde en çok 21. yüzyılda bu denli tartışılır hale gelmiştir.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü' nün yayınladığı rapora göre; 2018 yılında “Devletin Egemenliğine Karşı Suçlar” başlığı altında sayılan üç suç, (TCK' nin 299., 300. ve 301. maddeleri) toplamda 104 defa 12- 15 yaş aralığındaki Türk vatandaşları tarafından işlenirken, bu sayı 15- 18 yaş aralığı için 175, 18 yaş ve üstü vatandaşlar için ise 5976 olmuştur. Bu üç suçtan toplam 2775 kişi mahkûm olurken, 1416 kişi beraat etmiştir. 301. madde özelinde ise Adalet Bakanlığı' nın 2018 yılına ait verileri henüz mevcut değildir. Bununla birlikte bu suçla alakalı olarak bazı yıllara ait verilerin sunulması suç oranındaki artışı göstermek için önemli bir araç olacaktır.

765 sayılı TCK döneminde, 1986 yılında eski 159. madde olarak addedilen 301. madde konulu 220 dava açılmış ve 442 sanık yargılanmıştır. 1994 yılında ise; bu madde kapsamında 563 dava açılmış ve toplam 744 sanık yargılanmıştır. Mahkemelerden çıkan kararlardan 124' ü mahkûmiyetken, 130' u beraat olmuştur.

2000 yılında mahkemeler nezdinde toplam 324 dava açılmış ve 568 sanık yargılanmış, yıl içerisinde mahkemelerden toplam 82 mahkûmiyet, 105 beraat ve 10 düşme kararı çıkmıştır. Maddede yapılan son değişiklik olan 2008 değişikliğinden hemen öncesi olan 2007 yılının istatistiklerine bakıldığında ise, bu suçtan açılan dava sayısının 356, 12- 18 yaş aralığındaki suça sürüklenen çocuk sayısının 9, buna karşın 18 yaş ve üzerindeki sanıkların sayısının 507 olduğu görülecektir. Bu yıl içerisinde

toplam 328 dava karara bağlanmış, bunlardan 171 mahkûmiyet ve 156 beraat kararı çıkmıştır.

301. maddedeki suç 2010 yılında 172 kere işlenmiş olup, 12- 18 yaş arası toplam 9 çocuk bu suçu işlerken, 18 yaşından büyük toplam 163 kişi bu suçu işlemiştir. Yabancı uyruklu sanık ise 2010 yılı için bulunmamaktadır. Bu suçlardan toplam 20 mahkûmiyet, 37 beraat kararı çıkmıştır.

2017 yılına gelindiğinde ise; toplam 753 defa 301. maddedeki suç işlenmiş, bu suçlardan 20 tanesi Türk vatandaşı olan 12- 15 yaş arası çocuklar tarafından, 25 tanesi 15- 18 yaş aralığındaki Türk vatandaşlarınca işlenmiştir. Bu oran 18 yaş ve üzeri Türk vatandaşları için çok daha fazladır: Toplam 703 kişi. Ayrıca bu suçu işleyen 5 adet yabancı uyruklu kişi mevcuttur. Bu suçtan yargılanan 166 kişi mahkûm olurken, 79 kişi beraat etmiştir. Bununla beraber toplamda 139 hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği de eklenmelidir.

Yukarıda verilen istatistiki bilgiler ışığında eski 159., yeni 301. maddeden mahkum olan kişi sayısında artış görülürken, aynı zamanda çocukların sanık olarak yargılandığı davalarda da kayda değer bir yükseliş gözlenmiştir. Esasen verilen mahkûmiyet ve beraat oranları bu süreçte inişli çıkışlı bir grafik izlemiştir. Bunun sebebinin yapılan kanun değişiklikleri, dönemsel hukuk anlayışı ve ünlü kişilerin yargılandığı ve medyaya yansıyan bazı davalar olduğu söylenebilir.

301. maddenin detaylı şekilde incelendiği bu çalışmada aynı zamanda 2017 yılında 6771 s. k. ile yapılan Anayasa değişikliği de göz önüne alınmıştır. Bu kanun özellikle yürütme ve yargı erklerinde önemli değişiklikler getirdiği ve bu erklerin altında yer alan bazı kurumlar 301. madde kapsamında korunduğu için yapılan Anayasa değişikliğinin çalışmamızda etkisi hayli fazla olmuştur. Unutulmamalıdır ki; neredeyse her suçta olduğu gibi bu suç tipinde de siyaset son derece aktif rol oynamıştır. Özellikle “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” ana başlığı altında ve “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” alt başlığı altında yer alan bu tip bir suç için politikanın daha da hukukun içinde olduğu varsayılmalıdır.

Konjonktüre göre şekillenen hukuk anlayışı 301. madde için de bir istisna tanımamıştır. Görüleceği üzere maddenin bu denli değişikliğe uğramasının sebebi de

bu olmalıdır. Çalışmamızda bu konunun seçilmesi ise; yapılan bu değişiklikler ile birlikte maddenin nasıl uygulandığını göstermek, ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda çeşitli çözüm önerileri sunmak ve maddenin tümünü hukuk düzeni içerisine sağlam bir şekilde oturtmaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I- MADDENİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A- 01.03.1926 Tarihli 765 Sayılı Kanun

Günümüzde Türk Ceza Kanunu' nun 301. maddesinde düzenlenen suç türü, Türk kanunlarına ilk olarak 01.03.1926 tarihinde kabul edilen, 13.03.1926 tarihinde Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile girmiştir. Bu kanunun ilk halinin 159. maddesi, “Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler” başlığı altında aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasını yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde¹ ahkâmı tatbik olunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövenler altı ayı geçmemek üzere hapsolunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olunur.”

Maddenin ilk halinde bu suçun muhtevası genişti. Kişi; bugünkü düzenlemeyle korunan kurum ve değerlerin yanında Adliyenin manevi şahsiyeti gibi soyut kavramlara karşı tahkir ve tezyifte bulunmak suretiyle de bu suçu işleyebilmekteydi. Suçun tanımındaki bu muğlak ve soyut kavramlar, maddenin uygulanmasında zorluklar çıkartmakla beraber kanunilik ilkesine de zarar vermektedir. Zira

¹ Bahsi geçen madde şu şekildedir:

“Reisicumhura karşı muvacehesinde hakaret edenler veya reisicumhur aleyhine tecavüzkarane neşriyatta bulunanlar üç seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse konulur. Reisicumhur aleyhine gıyabında lisanen tecavüzatta bulunanlar bir seneden üç seneye kadar hapsolunurlar.”

Feuerbach' ın² da belirttiği üzere kanunilik ilkesinin ideal şekilde uygulanabilmesi için; “*Suçları saptayan kanun hükümlerinin tanımları belirli olmalı, farklı anlamlara gelen kaypak ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır. (lex certa)*”³ Bilindiği gibi kanunilik ilkesi ceza kanunlarının “açık, anlaşılır ve belirli olmasını” ve aleyhe olan hükümlerin geriye yürümezliği anlamına gelen bir prensiptir. Latince’ de “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” şeklinde ifade edilen bu ilke ceza hukuku için önemli bir kavramdır. Anayasa’ nın 38. maddesinde de ifade edilen ve kanunsuz suç ve ceza olmayacağı anlamına gelen bu tabir, bireylerin ceza kanunlarına olan itimadını sağlaması açısından elzem bir husustur. Ancak maddenin ilk halinde bu ilkeye paralel bir düzenleme yapılmamakla beraber gerekçesinde de maddenin içeriği tam anlamıyla somutlaştırılmamıştır.

765 sayılı TCK’ nin 160. maddesi ise;

“157 ve 158 inci maddelerde beyan olunan hallerde takibat icrası Adliye Vekaletinden ve 159 uncu maddede yazılı surette Büyük Millet Meclisi riyasetinden izin verilmesine bağlıdır.”

demekle bu suç hakkında kovuşturma yapılabilmesi için Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’ nın iznini aramıştır. Bu maddede tahkikat yani soruşturma aşamasında değil, takibat; yani kovuşturma aşamasında bu iznin alınması günümüzde uygulanan 301. madde ile arasındaki önemli bir farktır. Bir diğer fark ise günümüzde bu izin yasama, yürütme, yargı kuvvetleri arasından yürütme erkince verilebilirken; 765 s. k. ile bu iznin yasama organı içinde sayılan Meclis Başkanı’ na verilmiş olmasıdır.

B- 1936 Değişikliği

765 s. k. on yıl sonra “*Türk Ceza Kanununun bazı maddelerini değiştiren kanun*” başlıklı, 3038 numaralı ve 11.06.1936 tarihli Resmi Gazete’ de yayınlanan kanun ile değişikliğe uğramıştır. İcra Vekilleri Heyetince Büyük Millet Meclisi

² Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, ceza hukukuna modern ilkelerin girmesine öncülük eden Alman hukukçu

³ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Kasım 2018, s. 101

Yüksek Reisliği' ne sunulan kanun tasarısındaki 159. madde ve esbab- 1 mucibesi⁴ sırasıyla şu şekildedir:

Kanun tasarısı:

“Büyük millet meclisini veya Hükûmetin şahsî manevisini veya ordu veya donanmasını yahud Türklüğü tahkir ve tezyif edenler bir seneden üç seneye kadar hapis olunur.

Fiil, dört yüz sekseninci maddenin ikinci fıkrasında beyan olunan vasıtalardan birile veyahud Büyük Millet Meclisinin ve Hükûmet ile ordu ve donanmayı ve Türklüğü temsil eden heyetlerin huzurlarında işlenmiş olursa verilecek ceza üç seneden aşağı olamaz. Türkiye Cümhuriyeti kanunlarına sövenler altı ayı geçmemek üzere hapis olunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.”⁵

Esbab-1 mucibesi:

“Bu maddenin birinci fıkrasında ceza, yukarıki maddeye atfedilmektedir. Halbuki 158 nci madde muhtelif hallere göre muhtelif fıkralara ayrılmıştır. Tatbikatta bundan dolayı müşkilât çekilmektedir. Müşkilâtı ortadan kaldırmak için madde müstakil bir hale konmuştur”⁶

Hükûmetin bu kanun tasarısı üzerine Adliye encümeni tarafından aşağıdaki şekilde birtakım değişiklikler yapılmış ve bunlar şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

“159 ncu maddede encümen esaslı sayılacak bazı değişiklikler ve ilaveler yapmıştır:

1 - Meri ceza kanununda ve Hükûmet teklifinde olmadığı halde Devletin şekli olan Cümhuriyeti tahkir etmenin de bu maddede yazılı cürümler arasında bulunması muvafık görülmüş ve maddeye (Cümhuriyet) kelimesi de ilâve olunmuştur.

⁴ esbab-1 mucibe: “Gerektiren sebepler” manasına gelmekle beraber kanun gerekçesi olarak adlandırılabilir.

⁵ TBMM Zabıt Ceridesi, 11.06.1936, D: 5, YY.: 2, B: 78, C: 12, S. Sayısı: 250, Türk ceza kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında 1/495 ve uyuşturucu maddelerin murakabesi hakkındaki kanunun 28 nci maddesinin değiştirilmesine dair 1/204 sayılı kanun lâyihaı ve Adliye encümeni mazbatası (**“Adliye encümeni mazbatası”**), s. 21

⁶ TBMM Zabıt Ceridesi, 11.06.1936, D: 5, YY.: 2, B: 78, C: 12, S. Sayısı: 250, **Adliye encümeni mazbatası**, s. 7

2 - Meri ceza kanununda ve Hükümetin teklifindeki (ordu veya donanmasını) kelimeleri, maksadı kâfi derecede izah edici mahiyette görülmeyerek bunun yerine (Devletin silâhlı kuvvetlerini) kelimeleri konulmuş ve bu suretle ordu ve donanma haricinde kalan ve memleket müdafaası vazifesini haiz kuvvetler de kelimenin şümulü içine alınmıştır.

Ordu ve adliye Devletin en sağlam ve kudretli iki direğini teşkil etmeleri itibarile Adliyenin manevî şahsiyetini tahkir, edenlerin aynı suretle cezalandırılmaları encümente muvafık görülmüştür.

Devletin silâhlı kuvvetlerini ve adliyenin manevî şahsiyetini tahkir cürmünün husul bulabilmesi için, tecavüz ve hakaret fiillerinin geniş manada askerî kuvvetleri temsil eden mevcudiyet veya memleketin adli kuvveti aleyhine tevcih olunması icab eder. Bunların bir cüzüne ve meselâ bir tabur, bir fıkra veya bir mahkeme veya adlî heyete karşı yapılacak hakaret fiilleri bu maddenin değil, kanunda idarî veya adlî heyetlere hakareten bahseden maddenin şümulü içine girmek iktiza eder.

160 ncı maddenin tadiline encümente lüzum görülmüştür.

Bunun sebebi, bu maddeyi 159 ncu maddede yapılan değişikliklerle mütenazır kılmaktır.”⁷

Adliye encümeninin değişikliklerinden sonra madde son olarak şu halini almıştır:

“Türklüğü, Büyük Millet Meclisini, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır.

Devletin silahlı kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına alenen söğenler altı ayı geçmemek üzere hapsolunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılır.

⁷ TBMM Zabıt Ceridesi, 11.06.1936, D: 5, YY: 2, B: 78, C: 12, S. Sayısı: 250, **Adliye encümeni mazbatası**, s. 37

Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır.”⁸

1936 yılında ceza kanununa getirilen bu değişiklik ile Cumhuriyet ve adliyenin manevi şahsiyeti de bu suç nezdinde korunması amaçlanan kurumlar kapsamına alınmış ve maddenin koruma alanı genişletilmiştir. Bunun yanında “ordu ve donanma” kavramları bu kanun ile yerini daha geniş bir kavram olan “silahlı kuvvetlere” bırakmış, ayrıca ceza süreleri de ağırlaştırılmıştır. Son olarak suçun yabancı ülkede bir Türk tarafından işlenmesi halinin ağırlaştırıcı sebep olacağı belirtilmiştir. Bu son fıkranın kaynağını günümüzde 5237 s. TCK’ nin 11. ve 13. maddelerinde görmek mümkün olup bu hususa ileriki bölümlerde değinilecektir.

1936 yılındaki kanun değişikliği ile getirilen bir başka yenilik ise 160. maddede kendini göstermektedir. Zira bu madde Adalet encümenince aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“157 nci maddede yazılı suçu işliyenlerle Türkiye Cümhuriyeti Kanunlarına alenen söğenler hakkında takibat yapmak salahiyeti doğrudan doğruya Cümhuriyet Müddeiumumilerine aiddir.

158 inci maddede yazılı hal ile 159 uncu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı Hükümetin veya Adliyenin manevi şahsiyetini veya Cümhuriyeti alenen tahkir ve tezyif hallerinde takibat yapılması Adliye Vekaletinin iznine bağlıdır.

159 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı Türklüğü veya Büyük Millet Meclisini alenen tahkir ve tezyif hallerinde takibat yapılması Büyük Millet Meclisi Reisinin ve bulunmadığı takdirde reise vekalet eden zatın ve Devletin silahlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat yapılması Milli Müdafaa Vekaletinin iznine bağlıdır.”⁹

Görüleceği üzere bir hayli detaylı şekilde düzenlenen bu maddede yasama erkinden yürütme erkine doğru bir geçiş mevcuttur. Zira önceki kanunda 159. maddenin tümünün takibatı için Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’ nın izni aranırken

⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, 11.06.1936, D. 5, YY: 2, B: 78, C: 12, S. Sayısı: 250, **Adliye encümeni mazbatası**, s. 58

⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, 11.06.1936, D: 5, YY: 2, B: 78, C: 12, S. Sayısı: 250, **Adliye encümeni mazbatası**, s. 58

1936 yılındaki değişiklik ile bir ayrıma gidilmiş ve günümüzde Adalet Bakanlığı olarak nitelendirebileceğimiz Adliye Vekâleti' nin, bazı durumlarda da Milli Savunma Bakanlığı olarak günümüze uyarlayabileceğimiz Milli Müdafaa Vekâleti' nin iznini aramıştır.

Bunun yanında Meclis Başkanlığı' nın izni, yerini Meclis Başkanı' na, yokluğunda ise vekâlet eden kişinin iznine bırakmıştır. Kısacası bu madde ile üçlü bir ayrıma gidilmiş ve korunan kurumlar bakımından izin verecek olan makamlar belirlenmiştir. Kurumlar ve izin verecekler makamlar arasında bir bağlantı olduğu da aşıkârdır. Örneğin Adliye' nin manevi şahsını tahkir ve tezyif edenlere karşı takibatın başlatılması için Adalet Bakanlığı' nın izni aranırken, Devlet' in silahlı kuvvetlerine karşı aynı suçu işleyenler hakkında Milli Savunma Bakanlığı' nın izni gerekecektir. Bu husus mantık çerçevesinde yapılmış bir ayrım gibi gözükse ve birden çok erkin katılımını içerse de suçun takibatı için izin verecek kurumları tek bir çatı altında birleştirmeyip birden çok kuruma böldüğü ve birbiriyle çelişen uygulamalara neden olabileceğı için eleştiriye açıktır.

C- 1938 Değişikliğı

İcra Vekilleri Heyeti 159. ve 160. maddeleri bir kez daha düzenlemek için 23.05.1938 tarihli kanun layihasını Büyük Millet Meclisi' ne sunmuştur. Heyetin sunduğı kanun gerekçesine göre;

“Madde 159: Şehir ve kasabaların asayişini temin vazifesile mükellef olan polis kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlerin de Devletin silâhlı kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenler gibi muameleye tâbi tutulması lüzumlu görülerek gerek bunun temini, gerek tatbikatta gümrük ve orman muhafaza kuvvetleriyle jandarmanın Devletin silâhlı kuvvetleri tabirine girib girmeyecekleri hususunda her hangi bir tereddüde meydan verilmemek için maddedeki Devletin silâhlı kuvvetleri tabiri kaldırılmış ve yerine Devletin askerî veya emniyet veya muhafaza kuvvetleri tâbiri konulmuştur.

Madde 160: Maddenin bu günkü şekline göre "Reisicumhura karşı muvacehesinde hakaret edenler veya Reisicumhur aleyhine tecavüzkârane neşriyafta bulunanlarla Reisicumhur aleyhine gıyabında lisanen tecavüzatta bulunanlar, Reisicumhur makamına ve Reisicumhurun şahsına karşı edeb ve hürmete münâfi

hareketle neşriyatta bulunanlar ve Hükümetin veya Adliyenin manevî şahsiyetini veya Cumhuriyeti alenen tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat icrasına izin vermek salâhiyeti Adliye vekâletine, Türklüğü veya Büyük Millet Meclisini alenen tahkir ve tezyif hallerinde Büyük Millet Meclisi Reisine ve Devletin silâhlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında da Millî Müdafaa vekâletine aiddir. Takibata izin verme salâhiyetinin bu suretle muhtelif mercilere aid olması doğru görülmeyerek maddede yapılan değişiklikler bu salâhiyet bir mercide, Adliye vekâletinde toplanmıştır.”¹⁰

Hükümetin kanun tasarısı Adliye encümenince de aynen kabul edilmiştir. Sonuç olarak; 1936 değişikliğinden iki yıl sonra 16.07.1938’ de Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren 3531 sayılı kanun ile 159. maddenin sadece ikinci fıkrasında aşağıdaki şekilde değişikliğe gidilmiştir:

“Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.”

Görüldüğü üzere 1938 değişikliği ile eski kanundaki “silahlı kuvvetler”, yerini “askerî, emniyet ve muhafaza kuvvetleri” kavramlarına bırakmıştır. Bu değişikliğin sebebi maddenin gerekçesinde şehir ve kasabalarda görevli polis kuvvetlerinin yanı sıra gümrük ve orman muhafaza kuvvetleri ile Jandarma’ nın eski kanun metnindeki silahlı kuvvetler tanımına sokulup sokulamayacağı hususundaki tereddütleri gidermek şeklinde açıklanmıştır.¹¹ Dolayısıyla işbu değişiklik ile silahlı kuvvetler teriminin bir nebze daha belirginleştirilmeye çalışıldığı söylenebilir.

Bununla beraber 1938 değişikliği ile 160. maddede de değişiklikler yapılmıştır. 1936 yılındaki değişiklik ile izin şartı birden fazla makamca veriliyorken, 1938 değişikliği ile izin verecek olan tek bir kurum belirlenmiştir. Buna göre eski 160. maddenin ikinci ve üçüncü maddeleri tek bir maddede toplanmıştır:

“158inci maddede yazılı hal ile 159uncu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı Hükümetin veya adliyenin manevi şahsiyetini veya Cumhuriyeti ve 159uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı Türklüğü veya Büyük Millet Meclisini veya Devletin

¹⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, 29.06.1938, D: 5, B: 83, C: 26, S. sayısı: 320, Türk Ceza kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun lâyihası ve Adliye encümeni mazbatası (1/1066) (**“Adliye encümeni mazbatası”**), s. 3

¹¹ TBMM Zabıt Ceridesi, 29.06.1938, D: 5, B: 83, C: 26, S. Sayısı: 320, **Adliye encümeni mazbatası**, s. 3

askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat yapılması Adliye Vekaletinin iznine bağlıdır.”

1936 yılındaki 160. maddenin eleştiriyeye açık olabileceğini ifade ettikten sonra 1938’ de bu maddedeki değişikliğin gerekçesi olarak *“takibatın izin verme salahiyetinin bu suretle muhtelif mercilere ait olması doğru görülmeyerek maddede yapılan değişikliklerle bu salahiyet bir mercide, Adliye vekaletinde toplanmıştır.”* açıklamasını görmek şaşırtıcı olmayacaktır. Bu değişiklik ile izin, sadece Adalet Bakanlığınca verilebilir hale gelmiş ve maddenin günümüzdeki haline bir adım daha yaklaşmıştır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken fark 1938’ de bu iznin Bakanlıkça veriliyorken günümüzde Adalet Bakanı tarafından veriliyor olmasıdır.

D- 1946 Değişikliği

24.09.1946 tarihinde Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 4956 sayılı kanun ile 159. madde bir kere daha değişikliğe uğramış ve aşağıdaki şeklini almıştır:

“Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler veya Büyük Millet Meclisinin meşruiyeti hakkında suizannı davet edecek şekilde alenen mütecavizane fiil ve hareketlerde bulunanlar bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında hakaret veya tecavüze uğrayanın adı sarahaten zikredilmemiş veya hakaret veya tecavüz üstükapalı geçirtilmiş olsa bile mahiyetinde ve birinci fıkrada yazılı olanlardan birine matuf olduğunda tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa hem tecavüze uğrayanın adı zikredilmiş hem de tahkir, tezyif veya tecavüz tasrih kılınmış gibi muamele olunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenler 15 günden altı aya kadar hapis ve 30 liradan 100 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Türklüğü tahkir ve tezyif yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır.”

160. madde ise şu şekilde biçimlendirilmiştir:

“157 nci maddede yazılı suçu işleyenlerle Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına ve Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenler hakkında takibat yapmak salahiyyeti doğrudan doğruya Cumhuriyet savcılarına aittir.

158 inci maddede yazılı hal ile 159 uncu maddenin birinci fıkrasında beyan olunan hususlar hakkında takibat yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.”

Bu suçtan dolayı takibat izni bir kez daha Adalet Bakanlığı’ na bırakıldığı için; 160. maddedeki değişikliğin esasen köklü bir değişiklik olduğu söylenemez. Buna karşın 159. madde büyük ölçüde değiştirilmiş ve “tahkir ve tezyif” in yanında “suizanni davet edecek şekilde alenen mütecavizane fiil ve hareketlerde bulunanlar” ve hakaret, tecavüz gibi kavramlar kanun metnine sokulmuştur. Görüldüğü gibi farklı tanımları olan değişik kavramlar aynı metin içinde kullanılmış ve bir kavram karmaşası yaratılmıştır. Bunun yanında “suizanni davet edecek şekilde” gibi muğlak ifadeler de maddeye ayrı bir belirsizlik katmıştır.

1946 yılındaki değişikliği anlayabilmek için kanunun gerekçesine bakılması gerekmektedir. Bu gerekçede özetle; Hükûmetin ayrılmaz bir parçasını oluşturan Bakanlıklar’ a yönelik tahkir ve tezyif fiillerinin bu suç kapsamında olmadığından ötürü bazı kimselerin ağır söz ve yazılar ile bu kuruma karşı tecavüzde bulundukları ve bu durumun toplumda huzursuzluğa neden olduğu, toplumu rencide ettiğinden bahsedilmiştir. Bunun yanında, ima yolu ile yanlış kanıları çağrıştıracak yazıların kamu düzenini bir hayli bozduğuna vurgu yapılmıştır. Gerekçenin devamında Büyük Millet Meclisi’ nin meşruluğunun tartışılmaya başlandığı ve bunun ülkenin birlik ile düzenini bozduğu, halkın güvenini sarstığı ifade edilmiş ve *“Meclisçe çıkartılan kanunlara sövmenin suç sayılmasına karşın Meclis kararlarına karşı bu fiilin işlenmesinin cezalandırılmaması kanunda bir boşluk yaratmaktadır”* denmiştir.¹²

Yukarıda alıntılanan kanun değişikliği aslen maddenin Adalet Komisyonunca değişikliğe uğramış halidir. Hükûmetin teklif ettiği metinde aşağıda belirtilen ilk iki fıkra değiştirilmiştir:

¹² TBMM Tutanak Dergisi, 18.09.1946, D: 8, B: 17, S. Sayısı: 50, Türk Ceza Kanununun 140 ve 159 ncu maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun tasarısı ve Adalet Komisyonu raporu (**“Adalet Komisyonu Raporu”**), s. 1-2

“Türklüğü, Büyük Millet Meclisini, Cumhuriyeti, Hükümeti, Bakanlıkları, Devletin askeri veya Emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini, ima yolu ile olsa dahi, alenen tahkir tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Büyük Millet Meclisinin meşruiyeti hakkında ima yolu ile suizanni davet edecek şekil ve mahiyette olsa dahi herhangi bir fül ve harekette bulunanlara da aynı ceza verilir.”¹³

Teklif edilen metinde; Hükûmet’ in manevi şahsiyeti yerine Hükûmet kurumunun kendisi korunmak istenmiş, bunun yanında ima yolu ile dahi olsa tahkir ve tezyif cezalandırılabilir kılınmıştır. Teklifin ilk iki fıkrası Adalet Komisyonu’ nda tek bir fıkra da birleştirilmiş ve ikinci fıkra olarak alenen olmasa bile hakaret veya tecavüzün tereddüt edilmeyecek şekilde karinelerin varlığı halinde gerçekleştiği kabul edilmiştir. Komisyon “ima etmek” kavramını kullanmak istememiş ancak ikinci fıkra ile bu kavrama fazla uzak olmayan bir düzenleme getirmiştir. Yine de “tereddüt edilmeyecek şekilde karinelerin varlığı” kavramının Hükûmet teklifinde sunulan kanun metnine göre bir nebze daha somut olduğu söylenebilecektir.

E- 1961 Değişikliği

159. madde 1961 yılına gelindiğinde bir kere daha değişikliğe uğramış ve 12.01.1961 tarihli Resmi Gazete’ de 235 kanun numarası ile şu şekilde yeni halini almıştır:

“Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkra da beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur.

¹³ TBMM Tutanak Dergisi, 18.09.1946, D: 8, B: 17, S. Sayısı: 50, **Adalet Komisyonu Raporu**, s. 5

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”¹⁴

1961 yılında yapılan değişiklik ile bazı kavramlar sadeleştirilmiş ve ceza oranları değiştirilmiştir. Örneğin bu suçun yabancı memlekette işlenmesi halinde verilecek ceza önceki kanunda üçte birden eksik olmamak üzere arttırılmışken, 1961 değişikliği ile “üçte birden yarıya kadar artırılabilir” hükmü getirilerek cezaların artırılmasına bir üst sınır getirilmiştir. Buna ek olarak; önceki kanunda 30 liradan 100 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılan “Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövme” nin cezası, yapılan bu değişiklik ile 100 liradan 500 liraya çıkartılmıştır.

Burada dikkati çeken önemli bir değişiklik ise önceki kanun metninde geçen “hakaret, tecavüz, tahkir ve tezyif” gibi kavramlardan bazılarının madde metninden kaldırılması ve metnin içeriğinin daha açık ve net kılınmasıdır. Ancak maddenin yorumlanmasında tereddüt yaratabilecek bazı fiiller aynı bırakılmıştır. Buna göre “hakaret” ve “üstükapalı geçiştirme” gibi kavramlar 1961 değişikliği ile metinden çıkartılmış ancak sövme fiili baki kalmıştır. Dolayısıyla maddenin içeriğinde bir belirginleşme görülse de maddenin halen tam anlamıyla anlaşılabilir olduğu söylenemeyecektir.

Bir başka önemli değişiklik ise; 1946 değişikliği ile getirilen “Büyük Millet Meclisinin meşruiyeti hakkında suizannı davet edecek şekilde alenen mütecavizane fiil ve hareketlerde bulunanlar” ın da cezalandırılacağı hükmünün maddeden çıkartılmasıdır. 1961 yılındaki değişiklik ile getirilen en önemli düzenleme belki de budur; zira “suizannı davet etmek”, üzerinde uzlaşa sağlanması zor olan ve tek bir anlamı olmayan muğlak bir ifadedir. Dolayısıyla yargının siyasal bir araç olarak kullanılmasına neden olabilir. Bu ibarenin maddeden çıkartılmasını hukuken olumlu bir gelişme olarak görüyoruz.

¹⁴ RG, S: 10705, 12.01.1961, s. 3088

F- 2002 Değişiklikleri

1- 4744 Sayılı Kanun Değişikliği

2002 yılının Şubat ve Ağustos aylarında 159. maddede iki farklı değişiklik olmuştur. Bunlardan ilki “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” başlığı ile 19.02.2002 tarihinde ve 4744 no’ lu kanun ile aşağıdaki şekilde gerçekleşmiştir:

“1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir seneden altı seneye kadar ağır hapis" ibaresi "bir seneden üç seneye kadar hapis" olarak, üçüncü fıkrasında yer alan "15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para" ibaresi "15 günden 6 aya kadar hapis" olarak değiştirilmiştir.”

2002 yılındaki ilk değişiklik ile suçun cezalarında değişikliğe gidilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında öngörülen cezanın üst sınırı altı seneden üç seneye indirilmiş, “ağır hapis” ibaresi “hapis” şeklinde değiştirilmiş ve ceza olarak öngörülen adli para cezası kaldırılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ağır hapsin hapis cezasına çevrilmesinin; ağır- hafif hapis ve para cezaları ayrımlarının ortadan kaldırılması ile alakalı olmamasıdır. Zira bu ayrımın kaldırılması 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 s. k. ile gerçekleşmiştir. Dolayısıyla 2002 yılındaki bu değişikliğin nedeni cezalarda yapılmış bir yumuşama olarak kabul edilebilir. Esasen 159. madde için Hükûmetçe teklif edilen ve Adalet Komisyonunca yapılan değişiklikler kanunun kabul edilmesinden önce de mevcuttu. Örneğin Adalet Komisyonunca bu madde ile korunacak kurumlara “Cumhuriyet” de eklenmek istenmiştir. TBMM’ de yapılan görüşmeler neticesinde bu kavram madde ile birlikte yürürlüğe girmemiştir. Meclis’ teki tartışmalar esnasında birçok milletvekilli kanun tasarısına muhalefet şerhi koymuş ve kanun değişikliği gerçekleşirse suç tanımının genişleyeceği, basın özgürlüğünün kısıtlanacağı ifade edilmiştir.¹⁵

¹⁵ Meclis görüşmeleri için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, D: 21, YY: 4, B: 61, C: 85, 6.2.2002

2- 4771 Sayılı Kanun Değişikliği

2002 yılındaki ikinci değişiklik ise; 03.08.2002 tarihinde kabul edilen ve 09.08.2002 tarihinde Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı kanundur. Bu değişiklik ile 159. maddeye “malumun ilanı” olarak nitelendirebileceğimiz şu fıkra eklenmiştir:

“Birinci fıkra da sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”

Bu değişiklik 01.08.2002 ve 02.08.2002 tarihindeki Meclis görüşmelerinde tartışılmış; maddenin gerekçesi aşağıdaki gibi sunulmuştur:

“Maddenin (A) fıkrasıyla Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesine son fıkra eklenmektedir. Maddeyle birinci fıkra da belirtilen organları ve kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece yazılı, sözlü veya görüntülü olarak eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezayı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliğini taşıyan düşünce açıklamalarının cezalandırılmaması öngörülmüştür.”¹⁶

Bu değişikliği öngören kanun teklifi Adalet Komisyonunca aynen kabul edilmiş ve Resmi Gazete’ de yayımlanmasını müteakiben yürürlüğe girmiştir. Bahsi geçen değişiklik Meclis görüşmelerinde birçok milletvekili tarafından da belirtildiği üzere¹⁷ aslında malumun ilamıdır. Zira ilerleyen bölümlerde de değinileceği gibi; eleştiri hakkı Anayasa’ nın 25. maddesindeki düşünce özgürlüğü ve 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin bir uzantısıdır. Bu iki maddenin düzenlediği hak ve özgürlüklerin 2002 yılındaki kanun değişikliği sırasında Anayasa’ da yer alan hak ve hürriyetlerden olduğu düşünülürse, eleştiri hakkının cezalandırılmayacağını öngören bu değişikliğin beyhudeliği daha iyi anlaşılabilir. Değişiklik teklifi Meclis’ te görüşülürken gerekçe olarak maddenin yargı organlarınca yanlış uygulandığı öne

¹⁶ TBMM Tutanak Dergisi, 01.08.2002, D: 21, B: 124, S. Sayısı: 890, (...) **Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması ile (...) İlişkin Kanun Teklifi ve (...) Adalet Komisyonları Raporları (2/1020)**, s. 3

¹⁷ Meclis görüşmeleri için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, D: 21, YY: 4, B: 125, C: 102, 2.8.2002, s. 34, 35, 48, 161

sürülmüştür. Bu hususla alakalı Yargıtay kararlarının¹⁸ mevcut olması da ilk derece mahkemesince verilen kararların hukuka aykırı bulunduğunun bir göstergesi olup yargının 159. maddeyi yanlış yorumlayıp hüküm kurabildiği sonucu çıkmaktadır.

G-2003 Değişikliği

2002 yılında yapılan değişikliklerden bir yıl sonra, 07.08.2003 tarihli Resmi Gazete’ de 4963 kanun numarası yayımlanarak 159. madde yine değişikliğe uğramıştır. Kanun değişikliği şu şekilde gerçekleşmiştir:

“1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “bir seneden” ibaresi “altı aydan” şeklinde ve son fıkrası da aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”

Bu değişiklik Meclis’ te oylanmadan önce kanun tasarısı olarak sunulduğunda; metinde “altı ay” yerine “üç ay” ibaresi olmasına rağmen Adalet Komisyonu değişikliği ile “altı ay” şeklinde kabul etmiştir. Meclisteki görüşmelerde de bahsi geçen kanun değişikliğine dair bir tartışma ya da müzakere vuku bulmamış ve metin bu şekliyle kabul edilmiştir.¹⁹

Hükûmet maddenin gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:

“Düşünce ve ifade hürriyetinin kapsamının genişletilmesi amacıyla, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan cezanın altı sınırı bir seneden üç aya indirilmiş, ayrıca 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla maddeye eklenen son fıkra maddenin tamamına teşmil edilerek, bu çerçevede maddede belirtilen eylemlerin, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamalarını içermesi halinde cezayı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır.”²⁰

¹⁸ Bu kararlara örnek olarak bkz. Yargıtay 9. CD, 24.02.1995, 1995/ 166 E.- 1995/ 1471 K.

¹⁹ TBMM Tutanak Dergisi, 30.07.2003, D: 22, YY: 1, B: 113, C: 25, O.1, **Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı**, s. 484

²⁰ TBMM Tutanak Dergisi, 30.07.2003, D: 22, YY: 1, B: 113, C: 25, S. Sayısı: 262, **Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (...)** (1/651), s. 3

Gerekçeden de görüleceği üzere, 159. madde değişikliği yapılarak tahkir, tezyif ve sövme amacı bulunmaksızın eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezalandırılmayacağı hususu tüm maddeye sirayet edecek şekilde genişletmiş ve cezanın alt sınırını, temel hak ve hürriyetlerin “daha etkili” kullanılabilmesi için üç aya indirilmek istenmiş, ancak bu süre Adalet Komisyonunca “altı ay” olarak değiştirilmiştir.

H-5237 sayılı Kanun

Ağustos 2003’ te yürürlüğe giren yeni 159. madde kısa sürede bir kere daha değişikliğe uğramıştır: Adalet Bakanlığınca hazırlanan 12.05.2003 tarihli ve 664 Sıra Sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), 14.09.2003 tarihinde Meclis’ e dağıtılmış ve aynı gün görüşülmüştür.

Hükûmetin teklif ettiği metin şu şekildedir:

“Manevi varlığa hakaret

MADDE 429. – Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükûmetin manevi şahsiyetini, bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler(e) bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Birinci fıkrafta yazılı cürümlerin işlenmesinde, hakaret edilen açıkça belirtilmemiş olsa bile, onlara yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hakaret edilen açıklanmış gibi kabul edilir.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenlere onbeş günden altı aya kadar hapis cezası verilir.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”²¹

Kanunun Meclis’ teki görüşmelerinde Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünce tasarının gerekçesi şu şekilde sunulmuştur:

“Madde, Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevî şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif fiillerine karşı korumak amacıyla meydana getirilmiştir. Madde düzenlenirken, 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Kanunun 159 uncu maddesinde, 6/2/2002 tarihli ve 4744 sayılı ve 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı kanunlarla yapılan değişiklikler de aynen yansıtılmıştır.

Maddede geçen Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar.

Suçun maddî unsuru hakarettir. Hakaret için 194 üncü maddenin gerekçesine bakılmalıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm gereğince örneğin iktidarın tahkir ve tezyifi hâlinde fiilin Hükümete yönelik bulunduğu hususunda duraksanmayacak işaret ve alâmetler varsa, fiilin Hükümete yönelik olduğu kabul edilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında kanunlara ve Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövülmesi yani küfredilmesi cezalandırılmıştır.

Dördüncü fıkrada suç bakımından gerek kişi ve gerekse yer itibarıyla bir ağırlaştırıcı neden kabul edilmiştir.

Maddenin son fıkrasında, birinci fıkrada sayılan organları ve kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece yazılı, sözlü veya görüntülü olarak eleştirmek

²¹ TBMM Tutanak Dergisi, 14.09.2004, D: 22, YY: 2, B: 119, C: 59, S. Sayısı: 664, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 355

amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezayı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliğini taşıyan düşünce açıklamalarının cezalandırılmaması öngörülmüştür.”²²

Adalet Komisyonu, Hükûmetin teklif ettiği metni aşağıdaki şekilde değiştirerek kabul etmiştir:

“Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

MADDE 302. – (1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.”²³

Adalet Komisyonu’ nun kabul ettiği metinde bu suç “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlığı altında ve 302 madde numarası ile kabul edilmiş ve maddenin gerekçesi aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

“Maddenin birinci fıkrasında, Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılamak, suç olarak tanımlanmıştır.

Maddede geçen Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar. Cumhuriyet deyiminden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti anlaşılmalıdır.

Suçun maddi unsuru aşağılamaktır. Bu aşağılamanın alenen gerçekleşmesi gerekir. Aşağılamak, suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığını azaltmaya yönelik davranışlardan ibarettir.

²² TBMM Tutanak Dergisi, 14.09.2004, D: 22, YY: 2, B: 119, C: 59, S. Sayısı: 664, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 201

²³ TBMM Tutanak Dergisi, 14.09.2004, D: 22, YY: 2, B: 119, C: 59, S. Sayısı: 664, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 689

Maddenin ikinci fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılamak, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.

Bu hüküm karşısında, örneğin iktidarın tahkir ve tezyif halinde fiilin Hükümete yönelik bulunduğu hususunda duraksanmayacak işaret ve alametler varsa, fiilin Hükümete yönelik olduğu kabul edilecektir.

Üçüncü fıkra bu suçun konusu, işlendiği yer ve faili bakımından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali kabul edilmiştir. Buna göre, Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, ceza artırılacaktır.”²⁴

Adalet Komisyonu’ nun kabul ettiği metin 16.09.2004 tarihli birleşimde Meclis’ te okutulmuş ve madde üzerine bir adet önerge verilmiştir. Bu önergede; maddeden çıkartılan “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*” fıkrasının maddeye tekrar eklenmesi, ayrıca maddenin ilk fıkrasında öngörülen bir yıllık ceza alt sınırının altı aya indirilmesi gerektiği savunulmuştur. Adalet Komisyonu takdiri Meclis Başkanı’ na bırakmış, Hükûmet de bu önergeye katılmıştır. Bunun üzerine Başkan önergenin gerekçesini okutmuş ve önerge kabul edilmiştir. Gerekçe aşağıdaki gibidir:

“Eleştiri hakkı Anayasamızda güvence altına alınan ifade özgürlüğünün doğal bir parçası olup, kişilerin bu hakkı kullanmaları sonucu ortaya koydukları düşüncelerin suç oluşturmayacağı açıktır. Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, ağır, sert veya incitici nitelikte de olsa, eleştiri hakkı kullanıldığında kişiye yaptırım uygulanamayacağı, çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez bir gereğidir. Kuşkusuz ki, eleştiri hakkının kullanıldığı bütün hallerde suç oluşmayacağı; diğer bir deyişle, söz konusu hakkın sadece bu maddedeki suçlar yönünden değil, tüm suçlar için geçerli olduğu açıktır. Nitekim, tasarının 26 ncı maddesinde de "hakkını kullanan kimseye ceza verilemeyeceği" öngörülerek, eleştiri hakkı da dahil olmak üzere bu konuda genel bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, 30.07.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanunla, 765 sayılı Türk

²⁴ TBMM Tutanak Dergisi, 14.09.2004, D: 22, YY: 2, B: 119, C: 59, S. Sayısı: 664, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 687- 688

Ceza Kanununun 159 uncu maddesine eklenen son fıkrasına, tasarıda yer verilmemesinin yanlış anlamalara ve uygulamalara neden olabileceği düşünülerek, maddeye bu hususun dördüncü fıkra olarak açıkça yazılması gerekmiştir.”²⁵

Önerge kabul edilmiş, madde 4. fıkrası ile beraber oylanmış ve TBMM tarafından bu haliyle kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK, 301. maddesi ile 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete’ de yayınlanmış ve bu madde 01.04.2005 tarihinde aşağıdaki nihai haliyle yürürlüğe girmiştir:

“Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

MADDE 301. - (1) *Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.*

(4) *Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”*

I- 2008 Değişikliği

TCK’ nin 301. maddesi son değişikliğine 08.05.2008 tarihli Resmi Gazete’ de yayımlanan 5759 sayılı kanun ile uğramıştır. Hükûmetin teklif ettiği metin aşağıdaki gibidir:

“Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

MADDE 301- (1) *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ve devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

²⁵ TBMM Tutanak Dergisi, 16.09.2004, D: 22, YY: 2, B: 121, C: 60, S. Sayısı: 664, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) (S. Sayısı: 664) (Devam)**, s. 227- 228

(2) *Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*

(3) *Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*

(4) *Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Cumhurbaşkanının iznine bağlıdır.”*

Maddenin genel gerekçesi:

“Türk Ceza Kanununun 301 inci maddesinde yer alan suç tanımının, ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine uygun olarak yeniden yapılması, belirli fiillerin yurt dışında işlenmesi haline özgü olarak cezalandırma bakımından vatandaşlar arasında gözetilen ayrımı ortadan kaldırmak ve bu suçtan dolayı kovuşturma yapılabilmesini Cumhurbaşkanının iznine tabi tutmak ve izin konusunda 301’de yapılan değişikliğe paralellik sağlamak için 305’inci maddenin üçüncü fıkrasında değişiklik yapmak amacıyla iş bu kanun teklifi verilmiştir.”²⁶

şeklinde açıklanmıştır. Bunun yanında maddenin gerekçesi olarak aşağıda önemli bulduğumuz bölümler paylaşılmıştır:

“Birinci fıkroda yer alan "Türklük" ibaresi, "Türk Milleti" olarak değiştirilmiştir. Millet, geçmişten beri bir arada yaşamış, şimdi de bir arada yaşama inancında, istek ve kararında olan; aynı vatana sahip; aralarında kültür, tarih ve ülkü birliği olan insanların oluşturduğu toplumdur. Bir toplumun millet olma özelliğini taşıyabilmesi için, üzerinde hayat sürdürebileceği vatanının bulunması; bireyleri arasında kültür ve tarih birliği ile aynı devlet çatısı altında yaşama arzusunu ifade eden ülkü birliğinin bulunması gerekir. Madde metninde kullanılan Türk Milleti ibaresinden anlaşılması gereken budur.

(...)

Aşağılamak, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan "tahkir ve tezyif kavramı karşılığında kullanılmıştır. Hakaret, ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen

²⁶ TBMM Tutanak Dergisi, 29.04.2008, D: 23, YY: 2, B: 96, C: 19, S. Sayısı: 215, (...) Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile (...) Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonları Raporları (“**Kanun Teklifi ve Komisyon Raporları**”), s. 1

bir suç olduğu için, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli suç tanımlarında kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramına yer verilmiştir. Zayıf düşürmek anlamına gelen "tezyif sözcüğüne suç tanımında ayrıca yer verilmemiştir.

(...)

Maddenin üçüncü fıkrasında, söz konusu suçla bağlantılı olarak, eleştiri hakkının kullanıldığı durumlarda fiilin suç oluşturmayaacağı hüküm altına alınarak, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin özel bir şekline yer verilmiştir. Eleştiri hakkı, kişinin belli bir vakta hakkındaki düşüncesini açıklama hürriyetinin kullanılmasından ibarettir.

(...)

Eleştiri bağlamında göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları ile askeri veya emniyet teşkilatında görev yapan kamu görevlilerinin eleştirilmesini bu kurumların saygınlığını zedeleyici davranış olarak değerlendirilmemesi gerekir. Keza, bu kurumlarda görev yapan kişilere hakaret edilmesi halinde bu madde hükümlerinin değil, Türk Ceza Kanununun kamu görevlisine hakaret suçuna ilişkin hükümlerinin göz önünde bulundurulacağı aşikârdır.

Maddenin dördüncü fıkrasında; bu maddedeki suçtan dolayı kovuşturma yapılması, partiler üstü ve yansız bir kişi olan Cumhurbaşkanının iznine bağlı kılınmıştır. Cumhurbaşkanının izni, bu suç bakımından bir kovuşturma koşulu olarak kabul edilmiştir. "İzin verme" veya "İzin vermeme" yetkisini kullanırken Cumhurbaşkanının, yargının alanına girmemeye veya yargıya müdahale anlamına gelecek değerlendirmeler yapmamaya özen göstereceği; sadece somut olayda dava açılması (açık duruşma yapılması ve olası bir hükümlülük kararı), kamunun/ülkenin yararına mı yoksa zararına mıdır? değerlendirmesini yapacağı ve sonuçta hangi cevap ağır basarsa ona göre karar vereceği aşikârdır."²⁷

²⁷ TBMM Tutanak Dergisi, 29.04.2008, Dönem: 23, YY: 2, B: 96, C: 19, S. Sayısı: 215, **Kanun Teklifi ve Komisyon Raporları**, s. 2- 3

Yukarıdaki kanun tasarısında dikkat çeken husus, bu suç için kovuşturma yapılmasının Cumhurbaşkanı' nın iznine bağlanmasıdır. Cumhurbaşkanı izni, yeknesaklık sağlamak açısından TCK' nin 305. maddesinde düzenlenen *“Temel milli yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama”* suçu için de getirilmek istenmiştir. Zira 305. maddedeki izin Adalet Bakanı tarafından verilmektedir. Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, yaptığı görüşmelerde yukarıdaki değişiklik teklifini incelemiş ve raporunda, yapılan incelemede TCK' nin 12. ve 299. maddelerinin tartışıldığına değinmiştir. Bahsi geçen *“Yabancı tarafından işlenen suç”* başlıklı 12. maddenin ilk fıkrasına göre;

“Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.”

TCK' nin 12. maddesinin muhtelif fıkralarında da Adalet Bakanı' nın isteminin gerektiği ve gerekmediği hallerin sıralandığını belirtmek gerekir.

Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu' nda bahsi geçen 299. madde ise *“Cumhurbaşkanına hakaret”* suçunu düzenlemektedir. Bu maddede de kovuşturma yapılabilmesi için Adalet Bakanı izninin gerektiği belirtilmiştir. Hem 299. madde hem de 12. maddenin Komisyon' da müzakere edilmesinin sebebi kovuşturma izninin TCK' de Adalet Bakanı tarafından veriliyor olduğunun vurgulanmasıdır. Komisyon tüm bu hususları görüştüktan sonra Avrupa Birliği mevzuatına aykırı bir durum olmadığını belirtmiş ve kanun tasarısını oy çokluğu ile aynen kabul etmiştir. Ancak karşı oy gerekçesinde bu iznin Cumhurbaşkanı' na verilmesi halinde tarafsızlığının tehlikeye düşebileceği ve toplumda yeni tartışmalar doğabileceğinden bahsedilmiştir. Ayrıca bu izin yetkisi Anayasa' nın 104. maddesinde sayılmış olan Cumhurbaşkanı' nın yargı ile ilgili görevleri arasında yer almadığı için Anayasa' ya aykırılık teşkil edeceği de belirtilmiştir.²⁸ Adalet Komisyonu bu konu hakkında:

“(…) Ayrıca aynı fıkroda geçen “Cumhurbaşkanının” ibaresi, Cumhurbaşkanının Anayasal konumu (ANY. m. 104 vd.), kamu yararının gerekli

²⁸ TBMM Tutanak Dergisi, 29.04.2008, D: 23, YY: 2, B: 96, C: 19, S. Sayısı: 215, **Kanun Teklifi ve Komisyon Raporları**, s. 9

kıldığı altyapı donanımı, soruna ilişkin Türkiye geleneği ve benzeri nedenler göz önünde bulundurulmak suretiyle "Adalet Bakanının" olarak değiştirilmiştir.(...)"²⁹

demek suretiyle Cumhurbaşkanı' na tanınan izin yetkisinin Adalet Bakanı' na verilmesi gerektiğini belirtmiş ve kanun teklifi bu şekilde kabul edilmiştir.

Nihayetinde 301. maddenin son hali şöyle biçimlendirilmiştir:

“Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

MADDE 301 – (1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”

29.04.2008 tarihli Meclis görüşmelerinde, o dönemde çokça konuşulan ve gündemi meşgul eden 301. madde değişikliği hayli tartışılmış, kanun tasarısına yedi adet önerge sunulmuş ve Adalet Komisyonu yukarıdaki haliyle maddeyi kabul etmiştir.³⁰ 2008 yılında değiştirilen 301. madde günümüzdeki TCK' de de bu haliyle kullanılmaktadır. Bu nedenle maddenin ileriki aşamalarındaki analizi bu son hali üzerinden yapılacaktır.

²⁹ TBMM Tutanak Dergisi, 29.04.2008, D: 23, YY: 2, B: 96, C: 19, S. Sayısı:215, **Kanun Teklifi ve Komisyon Raporları**, s. 17

³⁰ TBMM Tutanak Dergisi, 29.04.2008, D: 23, YY: 2, B: 96, C: 19, S. Sayısı: 215, **Kanun Teklifi ve Komisyon Raporları**, s. 23

II-ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE DURUM³¹

TCK’ nin 301. maddesi ülkemizde tartışıl原因en bir madde olmasına karşın bu suç tipi gerek Avrupa ülkelerinde gerekse farklı kıtalardaki diğer birçok ülkenin hukuk sisteminde kendine yer bulmuştur. Aşağıda bazı ülkelerin kanunlarında düzenlenen ve 301. maddedeki suça benzer suç tipleri incelenmiştir. Bu kanunların 301. madde ile benzerlik gösterdiği noktalar olsa da tamamen aynı şekilde düzenlendiğini söylemek güçtür.

A- Fransa

Birçok ülkenin aksine 301. maddedeki suç tipi Fransa’ nın ceza kanununda değil, basın kanununda düzenlenmiştir. İlk olarak 29 Temmuz 1881 tarihinde çıkartılan ve son olarak 29 Ocak 2017 tarihinde değiştirilen Basın Özgürlüğü Kanunu’ nun 30. maddesine göre; aynı kanunun 23. maddesinde belirtilen şekilde ilk derece mahkemelerine, istinaf ve temyiz merci niteliğinde olan mahkemelere, kara, hava ya da deniz kuvvetlerine, resmi kurum ve kamu idarelerine karşı hakaret 45.000 EURO adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Aslında bu maddede geçen “*diffamation*” kavramı ceza kanunumuzdaki hakaret kavramı ile tam olarak aynı anlamda değildir. Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’ nun 30. maddesinde geçen ve hakaret olarak çevirdiğimiz bu kavram yine aynı kanunun 29. maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre; bir kimsenin ya da kurumun haysiyeti ya da algısını, açıklamalarda bulunmak ya da bunlara bir olgu isnat etmek suretiyle küçük düşürme; “*diffamation*” olarak addedilecektir. Bunun yanında yine 29. maddede *diffamation* kavramından ayrılan “*injure*” kurumu vardır. “*Injure*” 29. maddenin son fıkrasında “hiçbir olgu isnat etmeden yapılan onur kırıcı, küçümseyici ya da sövme nitelikli ifadeler şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere eski ceza kanunumuzdaki hakaret ile sövme arasındaki fark Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’ nda yer almaktadır. Yukarıdaki

³¹ Kayıhan İçel/ Yener Ünver/ Hakan Hakeri, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, 12. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Eylül 2018, s. 250

açıklamalar ışığında *diffamation* ' un bizim ceza kanunumuzdaki karşılığının “hakaret” olduğu söylenebilir. Zira TCK madde 125' te hakaret:

“Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak”

şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere *diffamation* tanımında yer alan “bir olgu isnat etmek, onur veya algı üzerinde küçük düşürücü açıklamalarda bulunmak”, TCK madde 125' teki hakaret suçundaki koşullarla paralel bir görüntü çizmektedir. “*Injure*” kavramı ise yeni TCK ile karşılığını kaybetmiş sövme suçu ile benzerlik gösteren bir müessesedir. Dolayısıyla Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu' ndaki *diffamation* kavramı hakaret olarak kabul edilecek ve Türk Hukuku ile buna göre bir mukayese yapılacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu' nun 30. maddesinde, aynı kanunun 23. maddesine atıf yapılmıştır. 23. maddedeki suçun işlenme araç ya da şekilleri ise şu şekilde sayılmıştır:

“Kamuya açık yerlerde veya toplantılarda herhangi bir söz, slogan ya da tehditler; kamusal alanlarda ya da toplantılarda satılan, dağıtılan, satışa çıkartılan ya da sergilenen yazılar, basılı materyaller, çizim, gravür, resim, amblem, görüntüler ya da başka herhangi bir yazılı, sözlü yolla, görüntü yoluyla kamusal alanlarda sergilenen ilan ya da afiş, elektronik ortamda herhangi bir iletişim aracı”

23. maddede de görülebileceği üzere Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu' nun 30. maddesinde belirtilen suçun işlenebilmesi için birçok araç mevcuttur. TCK' den farkı da bu noktada kendini göstermektedir. Zira ceza kanunumuzda aşağılamanın ne şekilde yapılabileceği ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş, suçun “alenen aşağılamak” suretiyle işlenebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte iki kanun arasındaki bir diğer fark da kanundaki düzenleniş yerleridir. İlk olarak bahsi geçen suç bizdeki gibi ceza kanununda değil Basın Özgürlüğü Kanunu' nda bulunmaktadır. İkinci olarak TCK' nin 301. maddesi “*Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*” bölümü altında düzenlenmiştir. Buna karşılık Basın Özgürlüğü Kanunu' nda işbu suç “*Basın yoluyla ya da herhangi bir neşriyat aracını kullanarak işlenen suçlar*” ana başlığının altında “*Kişilere karşı suçlar*” bölümünde düzenlenmiştir.

Basın Özgürlüğü Kanunu' nun 30. maddesinde ilk derece mahkemelerine, istinaf ve temyiz merci niteliğinde olan mahkemelere, kara, hava ya da deniz kuvvetlerine, resmi kurum ve kamu idarelerine karşı hakaretten bahsedilmektedir. TCK 301. madde de buna benzer bir düzenleme içermektedir. Kanunumuzda da bu suç devletin yargı organlarına, askerî ve emniyet teşkilatına karşı işlenebilmektedir. Sonuç olarak her ne kadar düzenlendiği kanun ve bölüm başlığı farklı olsa da bu suç türü, içeriği bakımından TCK' nin 301. maddesi ile hayli benzer bir görüntü çizmektedir.

B- Almanya

Fransa' daki düzenlemenin aksine Almanya, kanunumuzda 301. maddede düzenlenen suç tipini Türk hukukunda da olduğu gibi ceza kanununda düzenlemiştir. Alman Ceza Kanunu' nun (ACK) 90. maddesinde Almanya Federasyonu' nun Başkanı' na karşı hakaret suçu düzenlenmiştir. Bu suç TCK' nin 299. maddesindeki “Cumhurbaşkanına hakaret” suçu ile benzerlik göstermektedir. Kanunun 90a maddesi ise devlete ve devletin egemenlik alametlerine karşı hakaret suçunu düzenlemiştir. ACK' nin bu maddesi için TCK' nin 300. ve 301. maddelerinin birleşimi denilebilir. Zira 300. madde “*Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama*” suçu düzenlenmekte, 301. maddede de Türkiye Cumhuriyeti Devleti' ni aşağılama suçu yer almaktadır. Ceza Kanunu' nun 90a maddesi; “*alenen, bir toplantıda ya da 11. (3) bölümde belirtilen yazılı materyalleri dağıtarak Federal Almanya Cumhuriyeti' ne, onun eyaletlerine ya da anayasal düzenine hakaret eden ya da suiniyetle küçümseyici ifadelerde bulunan kimselerin üç yılı aşmayan hapis cezası ya da adli para cezası ile cezalandırılacağını*” belirtmektedir.

Kanunun 90b maddesi ise; anayasal organlara karşı hakareti düzenlemektedir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre;

“Her kim alenen, bir toplantıda ya da 11. (3) bölümde belirtilen yazılı materyallerin dağıtılması suretiyle bir anayasal organa, devlete, Federasyon' un veya bir eyaletin anayasa mahkemelerine ya da bunların üyelerine eyaletin saygınlığına zarar verir ve bu suretle Federal Almanya Cumhuriyeti' ne ya da onun anayasal ilkelerinin sürekli mevcudiyetine karşı girişimleri kasten desteklerse üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise; bu suç hakkında ancak suçun mağduru olan anayasal organın ya da bunun üyesinin izni ile soruşturma yapılabileceğini belirtmektedir.

Yukarıdaki 90a ve 90b maddeleri incelendiğinde; devlete, anayasal organlara, anayasa mahkemesine ya da üyelerine karşı hakaret suçunun cezalandırıldığı görülecektir. TCK madde 301’ de de Devlete, Meclis ve Hükûmete, devletin yargı organlarına karşı aşağılama suçu düzenlenmiştir. Dolayısıyla ACK ile TCK bu suç nazarında benzeşmektedir. İkisinde de yargı organları, Devlet ile anayasal organlar korunmak amaçlanmaktadır. Buna karşın ACK’ nin 90b maddesinde Anayasa Mahkemesi üyelerine karşı da bu suçun işlenebileceği belirtilmiştir. Buna karşın 301. maddede yargı organlarının üyeleri olan hâkimlere karşı bu suçun işlenebileceği öngörülmemiştir. Ayrıca devletin askerî ve emniyet teşkilatına karşı aşağılama suçunun işlenebileceği kanunumuzda düzenlenmiş olmasına rağmen ACK’ de bu tür bir düzenleme mevcut değildir. Son olarak TCK’ de “alenen” işlenebilen bu suç türü, Alman Ceza Kanunu’ nda alenen işlenebileceği gibi, bir toplantı esnasında ya da yazılı materyallerin dağıtılması yoluyla da işlenebilir. Son olarak ACK’ de de bize benzer şekilde bir “izin” prosedürü işletilmektedir. Zira 90b maddesinin ikinci fıkrasında suçun mağduru olan kişilerin izni doğrultusunda soruşturma başlatılacak, TCK madde 301/ 4’ te ise muhakeme koşulu olarak Adalet Bakanı’ nın izni aranacaktır. Ancak buradaki fark izin veren kurum ya da kişilerin farklı oluşudur. Zira ACK’ de bu izin kanunumuzdaki gibi tek bir kurumca değil, suçun mağduru olan kişi tarafından verilmektedir.

C- İtalya

301. maddenin İtalyan Ceza Kanunu’ ndaki (İCK) tezahürü 290. ve 291. maddelerdir. Zira bahsi geçen ve sırasıyla “*İtalya Cumhuriyeti’ ni, anayasal organları ve silahlı kuvvetleri aşağılama suçu*” ve “*İtalyan milletini aşağılama suçu*” başlıklı (“vilipendio”) maddeler şu şekilde düzenlenmiştir:

“Her kim Cumhuriyet’ i, yasama organlarının birini ya da hepsini, hükümeti, anayasa mahkemesini ya da adli yargı sistemini alenen aşağılarsa 1000 EURO ila 5000 EURO arasında adli para cezası ile cezalandırılır. Devletin silahlı kuvvetlerini ya da kurtuluş kuvvetlerini alenen aşağılayan kişiler de aynı ceza ile cezalandırılır.”

“Her kim İtalyan ulusunu alenen aşağılarsa 1000 EURO ila 5000 EURO adli para cezası ile cezalandırılır.”

İCK’ nin bu maddeleri TCK’ nin 301. maddesi ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Zira 290. maddede hükûmet, yargı düzeni içindeki kurumlardan bazıları, silahlı kuvvetler; 291. maddede de milleti aşağılama suçunun cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TCK madde 301 de aynı şekilde ilk fıkrasında Türk milletini, devletin yargı organlarını ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti’ ni aşağılamayı; ikinci fıkrasında ise devletin askerî teşkilatını aşağılamayı suç kapsamına almıştır. Bu iki kanun her ne kadar birçok hususta benzeşse de ayrıldığı noktalar da vardır: İCK’ de bu suç adli para cezası ile cezalandırılırken TCK’ de hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Aslında İCK’ nin önceki metinlerinde bu suç hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Örneğin bu kanunda yapılan 1947 ve 1957 değişiklikleri ile bahsi geçen suçun cezası altı aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişti. Ancak İCK’ nin güncel metninde bu suçun cezası adli para cezası olarak öngörülmüştür. Bunun dışında İCK’ de korunan kurum Cumhuriyet, yani bir yönetim şekli iken; TCK’ de korunan müessese Türkiye Cumhuriyeti Devleti, yani Devlet’ tir. Bununla beraber her ne kadar 301. maddeden Devlet’ in koruma kapsamına girdiği anlaşılsa da, ileride değineceğimiz üzere Cumhuriyet de bu koruma kapsamına girmektedir.

Sonuç olarak korunan kurumlar yönünden ACK gibi İCK’ nin de ceza kanunumuz ile benzeştiği söylenebileceği gibi ayrılan hususların olduğu da muhakkaktır.

D-Rusya

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’ nun 319. maddesi, TCK’ nin 301. maddesi ile benzer nitelikte kabul edilebilir. Zira bahsi geçen kanunun *“Hükûmet temsilcisine hakaret”* başlıklı 319. maddesine göre;

“Bir hükûmet temsilcisine, bu temsilcinin görevinden azletmesi esnasında ya da kendi azliyle alakalı olarak bir kişinin alenen hakaret etmesi halinde; kırk bin rubleye kadar para cezası ya da maaş veya aylığına göre ya da hükümlü kişinin üç aya kadar elde ettiği başka gelirler kadar ya da üç yüz altmış saate kadar zorunlu çalışma ya da bir yıla kadar ıslah edici çalışma cezası ile cezalandırılır.”

Görüldüğü üzere Rus Ceza Kanunu' nun 319. maddesi hükûmet temsilcisine karşı gerçekleştirilen bir fiilden; hakareten bahsetmektedir. Bu maddenin TCK madde 301 ile benzeşen yönü ise Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti kavramlarıdır. Zira bu kavramlar, içinde hükûmet ya da devlet temsilcilerini de barındırmaktadır. Ancak TCK 301. maddenin Rus Ceza Kanunu' ndan ayrıldığı nokta, ileride de detaylıca değinileceği gibi bu suçun kanunumuzda hükûmet ya da devlet temsilcilerini koruması değil, Devlet' in kendisinin korunmasıdır. Dolayısıyla hukukumuzda bu suç tipinin getirilmesinin sebebi, TBMM ya da hükûmet kavramlarını, daha doğru ifade ile devlet tüzel kişiliğini ve onun saygınlığını korumaktadır. Bu bakımdan Rus Ceza Kanunu' nun 319. maddesi ile TCK' nin 301. maddesi aynı konulara düzenlenmemektedir.

E- Polonya

Polonya Ceza Kanunu' nun “*Polonya halkına iftira*” başlıklı 132a maddesi ilga edilmiştir. TCK 301. madde ile bağdaşan “*Alenen hakaret*” başlıklı 133. maddeye göre ise;

“Her kim Polonya Cumhuriyeti milletine alenen hakaret ederse üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Polonya Ceza Kanunu' nun bu maddesi TCK' nin 301. maddesi ile benzer niteliktedir. Zira 301. madde de Türk milletini alenen aşağılamanın altı aydan iki yıla kadar cezalandırılacağı öngörülmüştür. Kanunumuzdaki düzenleme Polonya Ceza Kanunu' ndan daha kapsamlı olup; devleti, devletin kurum ve organlarını vb. kurumları aşağılamanın da suç sayılacağı belirtilmiştir. Her ne kadar Polonya Kanunu bu suç için daha dar kapsamlı bir düzenleme yapmış olsa da suçun ancak alenen işlenebileceği ve ulus ögesinin hukuki koruma kapsamına alınmak istemesi bakımından ceza kanunumuzla benzeşmektedir.

F- Belçika

Belçika Ceza Kanunu' nun 275, 276 ve 277. maddeleri de TCK madde 301 ile benzeşmektedir. Zira 275. maddenin ilk fıkrasında:

“Her kim bir eylem, söz, hareket ya da tehdit ile görevini icrası esnasında ya da görevi icrası dolayısıyla yasama organı üyelerine, bir bakana, Anayasa Mahkemesi üyelerine, idari yargıçlara, ya da yargı organı mensuplarına, fiilen görevde bulunan kamu görevlisine görevini icrası esnasında ya da görevini icra dolayısıyla hakaret ederse on beş günden altı aya hapis cezası ve elli ila üç yüz Euro arası para cezası ile cezalandırılır.”

denmektedir. İkinci fıkrada ise bu fiilin meclis oturumunda ya da duruşma esnasında yapılması durumunda hapis cezasının iki aydan iki yıla ve para cezasının da iki yüz ila bin Euro arası olacağı düzenlenmiştir.

Bir sonraki madde ise; aynı suçun bir bakanlık yetkilisine, herhangi bir kamu makamı yetkilisine veya diğer tüm kamu görevlilerine karşı işlenmesi halinde kişiye sekiz günden bir aya kadar hapis ve yirmi altı ila iki yüz Euro arası para cezası verileceği öngörülmüştür.

Son olarak 277. maddede ise; 275. ve 276. maddelerdeki ayrımlar göz önüne alınmak kaydıyla, oluşturulmuş kurullara karşı hakaret suçunun işlenmesinin bu kurulları oluşturan üyelere karşı işlenmesi ile aynı şekilde cezalandırılacağı belirtilmiştir. 282. madde ise; 275. maddedeki suçun jüri üyelerine karşı işlenebilmesi için ancak jürinin görevi esnasında ve tanığa karşı işlenebilmesi için tanıklığı esnasında işlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Belçika Ceza Kanunu' nun bu üç maddesi aslında kanunumuzda 125. maddede düzenlenen hakaret suçunun 3. fıkrasının “a” bendine tekabül etmektedir. Zira bahsi geçen üç maddede kurumlar değil bu kurumlardaki kamu görevlileri korunmak istenmiştir. TCK' de bu suç 301. maddede değil 125. maddede ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiştir. 301. maddenin muhteviyatı ise kamu görevlilerine hakaret suçu değil, kamu görevlisinin mensubu olduğu Hükûmet, TBMM gibi kurullara karşı işlenen aşağılama suçudur. 301. maddeye bakılacak olursa bakanlar ya da milletvekilleri gibi kamu görevlilerinin koruma kapsamı dışında olduğu görülecektir. Bu husus dışında

Belçika Ceza Kanunu' nda millet ya da devlete karşı hakaret suçunun düzenlenmediği görülecektir. Bu da TCK' den ayrıldığı noktalardan birisidir. Sonuç olarak; Belçika Ceza Kanunu TCK' nin aksine kamu görevlisi niteliğini haiz kişilere karşı işlenen hakaret suçunu detaylı olarak düzenlemiş ancak devlet kurumlarına ya da bunların manevi şahsiyetine karşı aşağılama suçunu düzenlememiştir.



İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN ANALİZİ

I- KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

301. maddede yapılan 2008 değişikliğinin genel gerekçesinde;

“Bu maddede düzenlenen suç ile korunmak istenen hukuki değer, maddede belirtilen anayasal kuruluşların prestijleri ve saygınlıklarıdır.”

denmektedir. Dolayısıyla korunan hukuki menfaat bizzat maddede sayılan kurumlar değil, bu kurum ve değerlerin saygınlığı ve milletin belleğindeki değeridir. Erem de aynı yönde bir değerlendirme yapmış ve maddedeki kurumların sahip olduğu manevi şahsiyetin; Devlet’ in şahsiyetini temsil ve hâkimiyetinin yansıttığını, dolayısıyla Devlet’ e karşı duyulması gerekli saygıyı irdelemek ve saygı duyulmaması halinde bunun kanun vasıtasıyla bir yaptırım koymak suretiyle konulmuş olan sembolik bir şahsiyet olduğunu belirtmiştir.³²

Esasen korunan hukuki menfaatin bizzat kurum ve değerler değil, bunların saygınlığı olduğu hususunda doktrinde genel kabul vardır. 301. madde ile korunan hukuki menfaat konusunda 2007 yılında Meslek Kuruluşları ve Konfederasyonları Toplantısı kapsamında Türk Ceza Hukuku Derneği, hazırladığı raporda bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. TCHD’ ye göre; korunmak istenen hukuki menfaat Türk milletinin müşterek duygu, düşünce ve anayasal sistemce mühim sayılan kurumlara karşı duyulması gereken ortak saygı ve güven duygusudur. Dolayısıyla 301. maddede sayılan kurumlardan ziyade, bu kurumlara vatandaşlarca duyulan ve

³² Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Cilt: 2, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 1102

duyulması gereken müşterek saygı duygusunu, bireysel bir saygıyı korumak esas amaçtır.³³



³³ Türkiye Barolar Birliği, **TCK 301**, 1. Baskı, TBB Yayınları: 117, Şubat 2007, s. 82

II-KORUNAN KURUMLAR ve DEĞERLER

301. madde ile birçok kurum ve değer korunmak istenmiş ve bunlar maddede tahdidi olarak sayılmıştır. Esasen maddeyle korunmak istenen bizzat bu kurumlar değildir; aslolan bu kurumların ve genel olarak Devlet’ in saygınlığını korumaktır. Kurumların içindeki kişiler ise 301. maddenin koruma alanına dâhil değildir. Keza bu hususa 2008 değişikliğinin gerekçesinde de değenilmiştir. Gerekçeye göre; maddede sayılan kurumlarda görevli olan kamu görevlilerinin eleştirilmesinin bahsi geçen kurumların itibarını zedeleyici davranışlar olarak değerlendirilmemesi gerekir. Gerekçenin devamında, bu kamu görevlilerine hakaret edilmesi durumunda 301. madde hükümleri değil, kamu görevlisine hakaret suçu ile alakalı hükümlerin işleyeceği belirtilmiştir.

Sonraki bölümde 301. madde kapsamında korunan kurum ve değerlerin neler olduğu ve içerisine nelerin gireceğine değinilecektir.

A- Türk Milleti

Bu kavram maddenin tarihsel gelişimi bölümünde de açıklandığı üzere önceki kanun metninde Türklük olarak kullanılmaktaydı. Son kanun değişikliği ile yerini Türk Milleti’ ne bırakan Türklük teriminin içeriği ise; Yargıtay’ ın ve AİHM’ in kararlarında da belirttiği gibi büyük bir değişikliğe uğramamıştır. Bu iki kavram genelde eş anlamlı olan kullanılmaktadır. AİHM, 25.10.2011 tarihli Altuğ Taner Akçam başvurusunda da bu noktaya değinmiştir:

“Bu bağlamda, “Türklük” kavramının “Türk Ulusu” şeklinde değiştirilmesine rağmen Mahkeme, Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığı için bu kavramların yorumlanmasında değişiklik veya temel farklılık olmadığını dikkate alır. Bu doğrultuda, “Türklük” kavramının anlamının belirlenmesi amacıyla hükmün

içeriğinin yasa koyucular tarafından değiştirilmesi somut bir değişiklik getirmez veya ifade özgürlüğü hakkının korunmasının genişletilmesine katkıda bulunmaz.”³⁴

301. madde ile getirilen değişikliğin lafzi bir değişiklik mi olduğu yoksa korunan kurumun içeriğini de mi değiştirdiği tartışmasını anlamak için bu kavramlar aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

1- “Türk” ve “Türklük” Kavramları

Bu kavramlar ilk olarak anayasal tarihimiz bakımından incelenmelidir: 1924 yılında yürürlüğe giren Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’ nun 88. maddesinde; *“Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle (Türk) itlak olunur.”* denmekle, Türk niteliğini haiz kişilerin bu niteliği kazanırken dil veya ırk bakımından aidiyetlerinin önemli olmayacağı, sadece vatandaşlık bağının esas alınacağı anlaşılmaktadır. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan herkes Türk sayılmalıdır. Bunun yanında aynı maddenin ikinci fıkrasında;

“Türkiye’de veya hariçte bir Türk babanın (kanunun ilk metninde “tebaanın” ifadesi kullanılmıştır) sulbünden doğan veyahut Türkiye’de mütemekkin bir ecnebi babanın sulbünden Türkiye’de doğup da memleket dâhilinde ikamet ve sinni rüşte vusulünde resmen Türklüğü ihtiyar eden veyahut Vatandaşlık Kanunu mucibince Türklüğe kabul olunan herkes Türktür.”

denmiştir. Bu fıkra; *“Türkiye’ de veya Türkiye dışı bir ülkede bir Türk babadan gelen veya Türkiye’ de yerleşik olan yabancı babadan Türkiye’ de dünyaya gelip Türkiye’ de oturan ve ergenlik yaşına geldiğinde resmî olarak Türk vatandaşlığı isteyen veya Vatandaşlık Kanunu gereğince Türklüğe kabul olunan herkesin Türk olacağı”* şeklinde çevrilebilir.³⁵

Yukarıdaki 88. maddenin ikinci fıkrası ile diğer Türk kabul edilme şartları ve durumları sayılmıştır. Aslen bunlar vatandaşlığın kazanılma yolları olarak göz önüne alınmalıdır.

³⁴ AİHM 2. D., Baş. No: 27520/ 07, Çev.: T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2011

³⁵ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, 7. Baskı, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Nisan 2011, s. 29

1961 Anayasası ise Türklük kavramına “Vatandaşlık” başlıklı 54. maddesinin ilk iki fıkrasında değinmiştir:

“Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.

Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlık durumu kanunla düzenlenir.”

Görüldüğü üzere 1961 Anayasası’ nın 54. maddesi 1924 Anayasası’ na paralel olarak vatandaşlığı ana unsur olarak belirlemiş ve Türklüğün Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ ne vatandaşlık bağı ile bağlı olmakla kazanıldığını ifade etmiştir.

Son olarak 1982 Anayasası, “Türk vatandaşlığı” kenar başlıklı 66. maddesiyle 1961 Anayasası’ nın ilk fıkrasını aynen korumuş; ancak ikinci fıkrası 03.10.2001 tarihinde kabul edilerek ve 17.10.2001 tarihli Resmi Gazete’ de yayımlanarak 4709 s. k. ile kaldırılmıştır.

301. maddenin koruduğu kurumlardan ilki Türk Milleti’ dir. Esasen bu kavram eski TCK’ nin 159. maddesinde “Türklük” olarak karşılanmakta idi. Ancak kavramın muğlaklığının yol açabileceği sorunlar neticesinde 2008 değişikliği ile bu kurumun “Türk Milleti” olarak değiştirilmesine karar verilmiştir. 5237 s. k. gerekçesi olarak hem Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü hem de Adalet Komisyonu:

“Maddede geçen Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar.”

şeklinde bir izahatta bulunmuştur. Gerekçeden Türklüğün Türk Milleti kavramından daha kapsayıcı olduğu ve sadece Türkiye’ deki Türkleri değil, Türkiye dışında yaşayan Türki topluluk ve milletleri de kapsadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu suç sadece Türkiye’ de yaşayan Türkleri değil, aynı zamanda Türkiye dışında yaşayan Türk vatandaşlarını, hatta Türk vatandaşı olmayan Azeriler, Türkmenler, Kazaklar gibi Türkler ile ortak kültür ve ananelere sahip toplulukları da korumaktadır. Aynı şekilde 2008 yılındaki kanun değişikliğinde Adalet Komisyonu:

“‘Türklük’, dünyanın her yöresindeki Türkleri ve kültür dahil bütün ortak değerlerini kucaklayan bir kavramdır. Mekanları ve zamanları aşan bir boyutu vardır (...). Sosyoloji, antropoloji ve tarih gibi kimi bilim dallarının konusu olan ve değer olarak özgün bir yeri bulunan ‘Türklük’, kendi tabii ontolojisinde gelişerek, dönüşerek bütün safiyetiyle hep varolacaktır.”

şeklinde bir Türklük tanımı yapmıştır. Bununla beraber Yargıtay’ ın bu konu hakkındaki görüşü aşağıdaki gibidir:

“(…) Fıkradaki Türk'lük kavramı devletin insan unsuruyla ilgili olup, bu kavramla Türk Milleti kastedilmektedir. Türklükten maksat, ‘Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünü’dür(…)”³⁶

Türklük farklı kesimlerce farklı şekillerde açıklanmaktadır: Bir tanıma göre Türklük; *“Türk olanların ve Türklüğe asimile olmuşların/ edilmişlerin ezici çoğunluğunda görülen belli düşünme, duygulanma, ilgilenme, bilgilenme, görme, duyma ve algılama halleridir.”³⁷* Ortaylı’ ya göre ise Türklük bir kimlik olup, bu kimliğin oluşumunda tarih ve coğrafya gibi öğeler rol oynar. Ancak Türklük kavramının oluşumundaki en büyük aktörler “din” ve “dil” dir. Ortaylı, dinin etkisini şöyle bir örnekle göstermiştir: *“Cumhuriyetimizin başında sayıları 100 bini aşan Karamanlı Türk’ünü Rum Ortodoks oldukları için mübadeleyle yolladık Yunanistan’a. Bu kişiler Türk’tüler (Oğuz) ve gittikleri yerlerde de doğru dürüst bir kabul görmedikleri için büyük acılar çektiler. İşte bu dinin kimlik oluşumu üzerindeki etkisidir.”³⁸* Dolayısıyla bu örnekten yola çıkarak Türklük kimliği üzerinde din unsurunun ne kadar önemli bir yer tuttuğu söylenebilecektir. Ortaylı’ ya göre Türklük coğrafya ile sınırlandırılmaz; Makedonya, Bulgaristan ve Kırım gibi yerlerde yaşayan Türkler de bu Türklük kavramı içinde yer alırlar. Yukarıda alıntıladığımız kanun gerekçesindeki Türklük tanımı da Ortaylı’ nın Türkiye dışında yaşayan Türkî topluluklar ile ilgili değerlendirmesine yakındır. Sonuç olarak Ortaylı’ ya göre Türklük kimliğinin oluşmasında coğrafya, din ve tarihin yanı sıra dil etmeni de büyük söz sahibidir.³⁹

³⁶ YCGK, 11.07.2006, 2006/ 9 - 169 E. - 2006/ 184 K.

³⁷ Barış Ünlü, *“Türklük Sözleşmesi” nin İmzalanışı (1915-1925)*, Mülkiye Dergisi, 38 (3), s. 47-81, s. 56, Erişim: www.dergipark.gov.tr

³⁸ İlber Ortaylı, *Türklerin Altın Çağı*, 1. Baskı, İstanbul: Kronik Kitap, Mart 2017, s. 43

³⁹ *Ibid.*, s. 41- 67

Türk kavramı; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası' nın Dördüncü Bölümü' ndeki "Siyasal Hak ve Ödevler" altında "Türk Vatandaşlığı" başlıklı 66. maddesinin ilk fıkrasında; "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes" şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla Anayasa' ya göre "Türk" lük ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlığı ile kazanılır. Bu vatandaşlar dışında örneğin Azerbaycan Cumhuriyeti Devleti' nin vatandaşı Anayasa' ya göre Türk değildir. Eski TCK döneminde; örneğin bir Azeri Türkünün de genel kanıya göre Türk kültürünü haiz olduğu göz önüne alındığında 159. maddenin Anayasa' nın 66. maddesi ile bir çatışma içinde olduğu söylenebilirdi. Zira Anayasa' ya göre Türk sayılmayan bir kişinin Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlığa sahip olması birbirine tezatlık teşkil edecektir.

Bu noktada belirtilmelidir ki; 301. madde ile Türklük kavramının alakası kendini mahkeme kararlarında gösterir. Örneğin Yargıtay' ca "Türklerin hayvan gibi kullanıldığını" söyleyen bir kişinin Türklüğü- eski tabirle- tahkir kastı olduğu kabul edildiği gibi⁴⁰, Türk veya Türklük kavramları bizzat aşağılanmadan da 301. maddedeki suçun oluşabileceği AİHM tarafından ifade edilmiştir:

"Mahkeme ayrıca Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının 301. Madde kapsamında kovuşturma riskini değerlendirirken dikkate alınması gerektiğini gözlemler. Bu bağlamda, Dink kararında Yargıtay'ın 301. Madde özellikle "Türklük" veya "Türk ulusu" kavramlarını yorumlamasına yönelik eleştirisini yeniden dile getirir. Bu davada Mahkeme, Yargıtay'ın Ermenilere ilişkin resmi tezleri eleştiren görüşlere müeyyide koyduğunu ortaya koymuştur. Özellikle Devlet kurumlarınca 1915 yılına ilişkin soykırım iddialarının inkar edilmesinin eleştirilmesi "Türklüğü" veya "Türk ulusunu" aşağılama veya küçük düşürme olarak yorumlanmıştır."⁴¹

Karardan da anlaşılacağı üzere AİHM' e göre resmi devlet teorilerinin reddedilip aksinin iddia edildiği (örnek kararda Ermeni soykırım iddialarını kabul etmek) durumlarda da Türk Milleti' ni aşağılama suçu gerçekleşebilir. Başka bir örnekte "Türkiye yiyici ve kötü bir memlekettir" sözlerinin seçimlerdeki yolsuzluklar kast

⁴⁰ YCGK, 39 E. - 27 K. (Erişim: Mahmut Alicanoğlu, **Tarihçeli - İzahlı - Notlu Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Kararları ve Adliye Harç Tarifesi Kanunu**, 1. Cilt, İstanbul: Halk Basımevi, Ekim 1951, s. 453)

⁴¹ AİHM 2. D., 25.10.2011, *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye Kararı* §79, Baş. No: 27520/ 07, Çev.: T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2011

edilerek söylenmesinden bahisle Türklüğün tahkir ve tezyif edilmediği Yargıtay tarafından belirtilmiştir.⁴²

Sonuç olarak; izah edildiği üzere Türk ve Türklük kavramlarına tekabül eden tek bir açıklama olmadığı gibi bu kavramlar üzerinde ırkî, dinî ve coğrafi tartışmalar da devam etmektedir. Ancak bu kavramı diğer korunan kurumlar ve değerler gibi hukuk çerçevesinde değerlendirmemiz gerekir. Dolayısıyla yazının devamında Anayasa' nın 66. maddesi bize bu kavram ile ilgili yol gösterici olmalıdır.

2- "Millet" Kavramı

Türk Dil Kurumu' na göre millet; *"Çoğunlukla aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği olan insan topluluğu, ulus"* manasına gelmektedir. Yabancı sözlüklerde ise bu kavram; *"ortak soy, tarih, kültür ya da dil ile birleşmiş ve aynı devlet çatısı altında veya bölgede yaşayan geniş insan grubu"*⁴³ ya da *"Aynı bölgede yaşayan, ortak kökene, tarihe, kültüre, geleneklere, kimi zaman da dile sahip olan ortak siyasal topluluk oluşturan insanlar"*⁴⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

Önceki bölümlerde değinilen 2008 değişikliğinin kanun teklifinde sunulan gerekçede; millet kavramı; ezelden beri bir arada yaşamış ve yaşama isteği, inancı ve kararında olan, aynı vatani paylaşan, aralarında tarih, kültür ve ülkü birliği olan insanların oluşturduğu toplum olarak addedilmiş ve herhangi bir toplumun millet özelliğini haiz olabilmesi için; üzerinde yaşayabileceği bir vatanın, bireylerarası kültür- tarih birliğinin ve aynı devlet çatısı altında yaşama isteğini ifade eden ülkü birliğinin olması gerektiği belirtilmiştir. Aynı değişiklik için Adalet Komisyonunca sunulan rapora göre ise:

"Türk Milleti" kavramı, Anayasa Mahkememizin kimi kararlarında ve doktrinde değinildiği gibi "Anayasal vatandaşlık" (Any.m.66) ve "eşitlik" (Any.m. 10) temel parametreleri bakımından hukukun üstünlüğü ve demokrasi değerleriyle de tam bir uyum içindedir."

⁴² Yargıtay 1. CD, 25.06.1965, 1665 E. - 1980 K. (Erişim: Selami Akdağ, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Emsâl İçtihatlar ve İlgili Kanunlar**, Ankara: Olgaç Matbaası, 1976, s.247- 248)

⁴³ Oxford English Dictionary (Erişim: www.oxforddictionaries.com)

⁴⁴ Larousse (Erişim: www.larousse.fr)

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bir millet tanımı yapmıştır. Bu kararlardan biri ele alınacak olursa; AYM’ ye göre ulus kavramı, insanlığın gelişimi boyunca geldiği en ileri birliği oluşturan, bir olma, oluş halini somut kılan toplumsal yapıyı belirtir. AYM bahsi geçen kararın devamında “millet” in bir gelişme seviyesini, kişiliği ve bilinci olan bireylerin varlığını gösterdiğini söylemiştir. Mahkemeye göre menşei önemsenmeksizin ve ayrıma uğramaksızın milletin içinde herkes yer almaktadır ve ulus birliği bu şekilde somutlaşmaktadır. Ulusu, tarihî ve sosyal gelişimin doğurduğu birlikte yaşama olgusu olarak tanımlayan Mahkeme, bu olgunun ırk ya da antropolojik ya da dil ile ilgili özelliklere dayanmayan bir öge olduğunu da vurgulamıştır. Son olarak Mahkeme; müşterek tarih bilinci olmayan göçebe, lokal dil ve soy gruplarından mütevellit kavimlerin ulus kavramı altında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.⁴⁵

Maddede yapılan değişiklik ile “Türklük” kavramının “Türk Milleti” olarak değiştirilmesinin ise AİHM, *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye Kararı*’ nda da belirttiği gibi maddenin içeriğinde bir değişiklik yaratmadığını tekrar etmekle beraber; son olarak belirtmelidir ki; kimi yazarlara göre Türk milletini aşağılama suçu kanunda yanlış yerde düzenlenmiştir. Zira TCK’ nin sistematığına baktığımızda; 301. maddenin İkinci Kitabın Dördüncü Kısımının Üçüncü Bölümü olan; “*Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*” altında düzenlendiği görülecektir. Esasen Türk milleti bu başlıkta yer alan unsurlardan hiçbirine dâhil edilemez. “Millele Karşı Suçlar” başlıklı bir bölümün oluşturulması ve 301. maddenin burada yer almasının daha mantıklı olduğu da belirtilmiştir.⁴⁶ Bu görüşe katıldığımızı belirtmekle beraber, aynı değerlendirmenin bir sonraki başlıkta incelenecek olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ ni aşağılama suçu için de yapılabileceği kanaatindeyiz. Zira bu kurum da Türk milleti gibi Devletin egemenlik alametleri veya organlarından biri olmayıp kavramın (Devlet’ in) kendisidir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ ni aşağılamak suçunun da bu bölümde düzenlenmemesi gerekirdi.

⁴⁵ AYM, 14.02.1997, 1996/ 1 E. - 1997/ 1 K., 26.06.1998 T. - 23384 no’ lu RG, s. 69

⁴⁶ Türkan Yalçın Sancar, **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/ 1 – Yeni TCK m. 301/ 1 – 2)**, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Mart 2006, s.86

B- Türkiye Cumhuriyeti Devleti

301. madde ile korunan ikinci kurum Türkiye Cumhuriyeti Devleti olup kanunun önceki metninde korunan kurum “Cumhuriyet” idi. Dolayısıyla öncelikle Cumhuriyet’ in ve Devlet’ in tanımı yapılacak, daha sonra yeni TCK ile korunan kurumlardan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ ne değinilecektir. Ancak bundan önce Yargıtay’ ın korunan bu kurumlar hakkındaki görüşünü bilmek faydalı olacaktır. YCGK 05.05.1998 tarihinde verdiği kararda; Cumhuriyet’ in Devlet’ in şeklini anlattığını, sözcük olarak ise milli ve kutsal bir özelliği olduğunu belirtmiş, kararın devamında, Anayasa’ nın değiştirilemeyecek hükümler maddesi olan beşinci maddesinde Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna dair hükmün değiştirilemeyeceği, değiştirilmesi teklif dahi edilmeyeceği hususuna atıf yapmıştır. YCGK ayrıca; Cumhuriyet’ in her neviden saldırıya karşı korunmasının toplum yararı bakımından zaruri olduğunu belirtmiş ve 159. maddeye ilave ediliş nedenini bu gerekçeye dayandırmıştır. 159. maddede geçen Cumhuriyet ile Devlet tabirlerinin anlamdaş olduğunu vurgulayan CGK, bu nedenden ötürü, belli bir ülke içinde kurulmuş olan en üst iktidar ve salahiyyetin temsilcisi olarak tanımladığı Devlet’ i tahkir ve tezyif etmenin Cumhuriyet’ i tahkir ve tezyif etmek manasına geleceğini belirtmiştir.⁴⁷

Bu karardan eski 159. madde yürürlükte iken Cumhuriyet ile Devlet’ in bu suç kapsamında eş anlamlı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Aşağıda bu iki kavram ayrı ayrı ele alınacaktır.

1- Cumhuriyet

Kökenine bakıldığında maddeyle korunan kurumlardan biri olan Cumhuriyet’ in, Roma Hukuku’ ndaki “*res publica*” dan türediği görülecektir. *Res publica* ise yazarlarca “*kamu malı, kamuya özgülenmiş mal, devlet*” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸ Görüldüğü üzere *res publica* günümüzdeki Cumhuriyet anlamını taşımamaktadır. Bu kavramı günümüz anlamıyla kullanan ilk kişi Montesquieu’ dür. *Kanunların Ruhu Üzerine* eserinin İkinci Kitabında “*Üç çeşit hükümet vardır: Cumhuriyet, Saltanat,*

⁴⁷ YCGK, 05.05.1998, 1998- 9/ 70 E. - 1998/ 156 K.

⁴⁸ Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Basım, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Ağustos 2010, s. 13 ve Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, 7. Basım, İstanbul: Der Yayınları, Eylül 2011, s. 4

*İstibdat (...) Cumhuriyetle yönetim, milletin tümünün birden ya da milletin bir parçasının yönetimi elinde bulundurmasıdır.”*⁴⁹ diyerek bu kurumu günümüzde kullanılan anlamına yaklaştırmıştır. Tarihimizde ise “Cumhuriyet” kelimesi ilk kez Şinasi Efendi tarafından “halk” manasına gelen “*cumhur*” kelimesinden türetilerek 19. yüzyılda kullanılmıştır.⁵⁰ Şinasi, Jean Racine’ in Esther adlı tragedyasındaki:

*“Juge tous les mortels avec d’égaies lois,
Et du haut de son trône interroge les rois”*

dizelerini;

*“Bütün fanileri şer’i müsavile eder ihkak
(Bütün fanileri aynı kanunlarla sorgular)*

*Dahi bâlây-i arşından mülûkû eyler istintak”
(Yüce katından krallardan da hesap sorar)*

şeklinde çevirmiş ve Reşid Paşa’ ya hitaben:

“Eyâ ahali-i fazlın reîs-i cumhûru”

diyerek Cumhur ve Cumhuriyet gibi kavramların tohumunu daha o günden atmıştır.⁵¹

1924, 1961 ve 1982 Anayasaları’ na bakıldığında; devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu görülecektir. Cumhuriyet, Anayasa Hukuku bağlamında incelendiğinde ise; bazı yazarlarca dar ve geniş anlamda cumhuriyet ayrımına gidildiği görülecektir. Bu yazarlardan Tanör/ Yüzbaşıoğlu’ na göre dar anlamda Cumhuriyet; “*monarşinin karşısı olarak tanımlanır: Devletbaşkanının ve devletin diğer organlarının seçimle ve belli süreler için göreve geldiği hükümet (yönetim) biçimi*” dir.⁵² Geniş anlamda cumhuriyet ise; “*egemenliğin bir kişi (monark) ya da zümreye (aristokrasi) değil,*

⁴⁹ Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine (Özgün İsim: “De L’Esprit des Lois”)**, Çev.: Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınları, s. 49

⁵⁰ Umur, **op. cit.**, s. 13

⁵¹ Abdülhalim Aydın, “**Batılılaşma Döneminde Şinasi ve Fransız Etkisi**”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 2, 2000, s. 118, (Erişim: www.edebiyatdergisi.hacettepe.edu.tr)

⁵² Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Şubat 2019, s. 80

toplumun tümüne ait olduğu modeli ifade eder."⁵³ Yazarlar aynı zamanda; Türkiye' de anlaşılan Cumhuriyet kavramının hem dar hem geniş anlamdaki Cumhuriyet kavramları olduğunu, bunun yanında bir Türk devrimini ifade ettiğini, bu anlayışın Fransa' daki Cumhuriyet anlayışıyla benzer olduğunu ve her iki ülkede de Cumhuriyet ve demokrasi kavramlarının birbirleriyle iç içe geçtiklerini belirtmiştir.⁵⁴

Anayasalarımızın gerekçelerinde de Cumhuriyet' e değinilmiştir. 1921 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları' nın ilk maddelerinde değinilen bu kavram, ilk olarak 1921 Anayasası' nda;

"Hâkimiyet, bilâ kaydü şart Milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir. Türkiye Devletinin şekli Hükümeti, Cumhuriyettir."

şeklinde açıklanmış, sonraki üç Anayasa' da da;

"Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir."

biçiminde düzenlenmiştir.

1961 Anayasa tasarısı için Anayasa Komisyonunca bu madde ile ilgili olarak aşağıdaki şekilde bir izahat sunulmuştur:

*"Bu madde Türkiye Cumhuriyeti adı ile bir Devletin kuruluşunu, bu Devletin ve Hükümetinin şekillerini tesbit etmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin her türlü saltanat, şahıs ve zümre hâkimiyeti şekillerini reddeden demokratik bir Devlet olduğunu bu madde açıklamaktadır."*⁵⁵

1982 Anayasası' nın 1. maddesi olan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir." ifadesinin gerekçesi olarak ise Danışma Meclisi şu şekilde bir görüş beyan etmiştir:

"Tasarının 1 inci maddesi Türk Devletinin bir Cumhuriyet olduğunu ilan etmektedir. 1924 ve 1961 Anayasalarında bu ilke belirtilmiştir. Devlet Başkanının

⁵³ **Ibid.** s. 82

⁵⁴ **Ibid.** s. 80- 84

⁵⁵ 09.03.1961, Temsilciler Meclisi Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu raporu (5/ 7), S. sayısı: 35, s. 9

*veraset yoluyla değil milletçe veya milletin temsilcisi Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilerek makamına geleceği açıklanmaktadır.”*⁵⁶

Cumhuriyet, cumhur kelimesinden gelmekle birlikte, cumhur TDK tarafından *“halk, topluluk”* olarak karşılanmaktadır. Cumhuriyet ise; *“Milletin, egemenliği kendi elinde tuttuğu ve bunu belirli süreler için seçtiği milletvekilleri aracılığıyla kullandığı yönetim biçimi”* şeklinde tanımlanmıştır. Cumhuriyet yönetim biçimi de kendi içinde ayrılmaktadır. Bu ayrımı ortaya koyan kişilerden biri olan Montesquieu, Cumhuriyet yönetim şeklinde yönetim yetkisinin tüm millete ait olması durumunda Demokrasi’ nin doğacağını, milletin bir kesiminin elinde olması durumunda ise bu durumda Aristokrasi’ nin vücut bulacağını belirtmiştir.⁵⁷ Görüldüğü üzere düşünür, Cumhuriyet’ in tek tip bir yönetim biçimi olmadığını ortaya koymuştur. Ayrıca; egemenliğin millete ait olduğu toplumlarda, millet layıkıyla, hakkıyla yapabileceği her şeyi bizzat kendisinin yapması gerektiğini, yapamayacağı şeyi ise temsilcilerine yaptırmalı diyen Montesquieu, aynı zamanda Cumhuriyet hükümetinin, saltanat hükümetinden bir meclis ya da senato kanalıyla yönetilmeye daha fazla ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir. Meclis veya senatoya itimat duyulabilmesi için bu kurumların azalarının milletçe seçilmesi gerektiğini, Atina’ da doğrudan doğruya seçim ya da Roma’ da bazı hususi durumlarda tayin edilen bir hâkim aracılığıyla seçim gibi durumların bu hususa örnek teşkil edebileceğini belirtmiştir.⁵⁸ Bu suretle aslında yukarıda belirttiğimiz TDK tarafından yapılan tanımın tohumları atılmıştır. Keza Cumhuriyet yönetim biçiminde millet, temsilciler ya da milletvekillerini seçer ve onlar tarafından temsil edilir.

301. maddede yapılan son değişiklik olan 2008 değişikliği kapsamında Adalet Komisyonu’ nun raporuna göre;

“(…) Gerek Anayasamızın 1 inci maddesi doğrultusunda okunuşu ve gerekse Yargıtay’ın yerleşik uygulaması kapsamında hükümde yer alan "Cumhuriyet" kavramının devleti resmettiği açıktır (Doç.Dr.Sancar, age. s.88 ve dev. Orada yollama yapılan diğer kaynaklar). Ayrıca maddenin, Temel Kanun içinde yer aldığı bölüm (sistematik) de devlet ve egemenlik değerleri ile ilgilidir.(…)”

⁵⁶ 24.09.1982, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu (D. Meclisi: 1/ 463; M. G. Konseyi :1/ 397), S. Sayısı: 450, s. 2

⁵⁷ Montesquieu, **op. cit.**, s. 50

⁵⁸ **Ibid.**

Görüleceği üzere 301. madde ile korunan kurumlardan olan “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” kavramı aslında hem devlet şekli olan Cumhuriyeti hem de Devletin kendisini koruyor izlenimini vermektedir.

2- Devlet

Devlet kelimesi günümüzde kullanılan dillerde kendini “*Etat*”, “*Stat*”, “*Estat*”, “*State*” gibi birbirine yakın ifadelerle göstermektedir. Latince’ ye bakıldığında ise bu kelimenin; pozisyon, durum gibi anlamlarına gelen “*Status*” tan türediği görülmektedir. Türkçedeki “Devlet” kelimesi ise Batı dillerindeki gelişimden farklı olarak kökenini Arapçada bulmaktadır: “*Devl*” kelimesi, “*el değıştirme, elden ele geçme*” manasına gelmektedir. Osmanlı Türkçesinde ise “Devlet” günümüzdeki anlamını taşımamakta, saadet, talih gibi anlamlara gelmekteydi.⁵⁹

Teziç’ e göre Devlet geniş anlamda; “*milli bir topluluk olup, tarihi geçmişı ve belli bir birliğı ile özgünleşir. Bu birlik, özellikle farklı dillerin, dinlerin ve etnik grupların bir arada bulunduğu topluluklarda, doğal olmaktan çok insanların istek ve gayretleri sonucu oluşur. (...)*”Dar anlamda devlet terimi ise; “*bu topluluğun çeşitli zorlama araçları ile yegâne yönetim aygıtı*” nı ifade etmektedir.”⁶⁰

301. maddede korunan kurumlardan olan “Devlet” in yüzyıllardır farklı şekillerde tanımları yapılmaktadır. Aristoteles’ e göre “*devletin amacı manevi huzurun sağlanması, insanların erdemli ve mutlu bir ortam içinde yaşamalarıdır*”.⁶¹ Devlet olgusunu dinsel açıdan irdeleyen Saint Thomas d’ Aquin’ e göre ise; Devlet Kilise’ ye aykırı hareket edemez ve ondan üstün olamaz. Devlet egemenliğinin temelini Tanrı’ da gören Thomas d’ Aquin’ in Devlet üzerine düşüncelerinin günümüz koşullarına uygulanamayacağı söylenebilir.⁶² Devlet hakkında görüş beyan eden bir başka filozof/ düşünür ise Epikür’ dür. Yararcı (ütilitarist) okulun temsilcilerinden olan Epikür’ e göre asıl amaç insanı mutlu kılmak olduğu için; Devlet de insanın mutluluğunu sağlayacak bir araç olmalıdır. İnsanların başlangıçtaki çatışma hali, devletlerin kurulması ile son bulmuş ve devletler de hukukun yaratılmasına önayak olmuşlardır.

⁵⁹ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 20. Bası, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Nisan 2016, s. 127

⁶⁰ **Ibid.** s. 128

⁶¹ Niyazi Öktem / Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: Der Yayınları, 2014, s. 131

⁶² **Ibid.** s. 248- 255

Dolayısıyla bir toplumsal sözleşme ile kurulmuş olan Devlet zaruridir; fakat Epikür' e göre bu zaruret insan hazzından önemli olmamalıdır.⁶³

Otoriter bir devlet anlayışı benimseyen Jeremy Bentham ise Devlet' in, otoritesiyle hukuku yaptırıma bağladığını belirtmekle beraber, düzenleyici bir otorite olduğunu ve Devlet olmaksızın insanların emeklerinin karşılığını alamayıp Devlet güvenliğinin yokluğu ya da eksikliği durumunda insanların mutsuz olacağını söyler. Bununla beraber Devlet, yasalar çıkartmak suretiyle arkaik kanunî düzenlemeleri kaldırıp eşitliği getirmelidir. Bentham' a göre Devlet' in görevlerinden biri de güvenliği sağlamaktır. Bu güvenlik sağlandıktan sonra toplum özgürleşir.⁶⁴ Thomas Hobbes ise daha totaliter bir anlayış benimseyerek insanların “doğal hal” inden kurtulmak için Leviathan' ı; yani Devlet' i yarattığını söyler. Bu varlık, yönetme ve egemen olma gibi özellikleri haizdir. Toplum, yetkileri ve gücü bu yaratığa verirken karşılığında güvenlik ve dirlik beklemektedir. Devlet' in gücü mutlaktır, istediği zaman kendisinin topluma sağladığı haklara el atabilir.⁶⁵

Devlet kurumunun içeriği konusunda Türkiye' de de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür: Bayraktar' a göre; «*Böylece, bu üç unsuru birleştiren, tamamlayıcı bir tanım Kapani ve Daver'le verilebilir: “Devlet, belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip bir üstün iktidar tarafından yönetilen bir insan topluluğunun meydana getirdiği siyasal kuruluştur.”*»⁶⁶ Bayraktar bununla beraber Devlet tanımları yapılırken bu tanımların içinde her zaman üç ana unsurun yer aldığını belirtir: “ülke, insan topluluğu ve iktidar”. Aynı şekilde Pazarcı da milletlerarası hukukta devletin; insan topluluğu, ülke ve herhangi bir otoriteye bağlı olmayan siyasal yönetim olmak üzere üç ana öğeden oluşacağını dile getirmiş⁶⁷ ve Bayraktar ile paralel bir devlet tanımı yapmıştır.

Anayasa' nın ilk maddesi devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunu söylemektedir –ki bu kavrama önceki bölümde değinilmiştir-. Bununla beraber Anayasa' nın beşinci maddesinde Devlet' in temel amaç ve görevleri sayılmıştır. Bunlar; “*Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi*

⁶³ **Ibid.** s. 355- 359

⁶⁴ **Ibid.** s. 359- 361

⁶⁵ **Ibid.** s. 438- 440

⁶⁶ Köksal Bayraktar, **Siyasal Suç**, İstanbul: İÜHF Yayını, 1982, s. 49

⁶⁷ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, Temmuz 2012, s. 140

korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” tır.

C- Türkiye Büyük Millet Meclisi

301. maddenin koruduğu kurumlardan biri de TBMM’ dir. Maddenin tarihsel gelişimine bakıldığında 301. maddede bu kurumun isminin yakın döneme kadar Büyük Millet Meclisi olarak geçtiği görülmektedir. Esasen Büyük Millet Meclisi ile TBMM aynı kurumu temsil etmektedir. 1982 Anayasası’ nın yedinci maddesi; yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM’ de olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini belirtmektedir. Bu maddeye göre devletin üç erkenden yasama organını oluşturan organ TBMM olup bu yetkisini başka bir kurum, organ ya da kuruluşa devredemez. Dolayısıyla 301. madde bu kurumu maddenin koruma kapsamına alarak aslında yasama organını koruyucu bir tavır sergilemektedir. Bu madde ile Meclis bir kurum olarak korunmakta olup Milletvekilleri tek tek korunmamaktadır. Burada akla gelen ilk soru milletvekillerinin tamamı için hakaret edilmesi durumunda bu fiilin 301. madde kapsamına sokulup sokulamayacağıdır. Böyle bir durumda kanımızca failin kastının hangi kurum ya da kişilere hakaret etmek olduğu belirlenmelidir. Eğer amaç tüm milletvekillerine hakaret etmek suretiyle TBMM’ yi aşagılamak ise bu durumda 301. madde kapsamına sokulması gerekmektedir. Fakat fail böyle bir amaç gütmemişse bu durumda bu madde kapsamına sokulamayacak ve zincirleme suçtan bahsedilecektir.

Bu kurum incelenirken değinilmesi gereken asıl nokta ise ülkenin siyasal tarihindeki farklı Meclis türleridir. Bunlardan en önemlisi 1961 Anayasası ile getirilen ikili meclis sistemidir. Bilindiği üzere 1961 Anayasası ile Senato ve Millet Meclisi olmak üzere çift başlı bir Meclis sistemi getirilmiştir. Bu Anayasa’ nın 63. maddesine bakılacak olursa; *“Türkiye Büyük Millet Meclisi, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosundan kuruludur.”* ibaresinin yer aldığı görülecektir. Bu maddeden Türkiye Büyük Millet Meclisi’ nin bir bütün olduğu, parçalarının ise Millet Meclisi ile Cumhuriyet Senatosu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak iki Meclis’ in bulunduğu ve 1982 Anayasası’ na kadar devam eden bu süreçte yukarıdaki kurumlardan hangisine

hakaretimiz söylemlerde bulunulması durumunda eski TCK' nin 159. maddesi uygulama alanı bulacaktır?

Bu sorun ile alakalı olarak 1961 Anayasası' nın uygulandığı dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hem yasama organı olan Büyük Millet Meclisi' nin bütününe hem de onu meydana getiren Senato ve Millet Meclisi' ne karşı ayrı ayrı alenen aşağılama suçlarının 159. maddeye göre cezalandırılması gerekeceğini savunmuştur.⁶⁸ Aynı görüşü Özek de paylaşır:

*“1961 Anayasasının yasama organı anlayışına göre de, her iki meclis ve tüm olarak Büyük Millet Meclisi yasama yetkilerine sahiptir ve 159. maddenin koruma alanına, her üç hukukî değer de dahildir. 159. maddede, Türkiye Büyük Millet Meclisi tabiri kullanılırken, bir organ, bir kalıp olarak Yasama organı göz önünde bulundurulmuştur ve bu organ korunmuştur. Organ ne şekilde teşekkül ederse, o 159. maddenin koruma alanına girecektir. (...) 1961 Anayasasına göre, yasama organı çift meclisten teşekkül ettiğine ve bu iki meclis Anayasa tarafından açık olarak yasama yetkileri ile yükümlü organlar olarak kabul edildiğine göre, 159. maddenin her iki meclisi de koruduğunu kabul etmek zorunluluğu mevcuttur.”*⁶⁹

Özek, yukarıda alıntılanan bölümden de anlaşılacağı gibi Büyük Millet Meclisi' nin bir küll olarak, ayrıca bu organı oluşturan Senato ve Millet Meclisi' nin de ayrı ayrı koruma kapsamına girdiğini belirtmektedir. Aynı husus Yargıtay Kararları' nda da belirtilmiştir.⁷⁰ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; iki Meclisli dönemde her iki Meclis' in de ayrı ayrı yasama yetkileri olduğu ve asıl yasama organı olan Büyük Millet Meclisi' ni oluşturan parçalar olduğu için bu kurumlara karşı ayrı ayrı işlenen aşağılama suçu da 159. madde kapsamında değerlendirilmelidir.

1- Önceki Meclislerin Durumu

Değnilmesi gereken bir başka önemli nokta ise görev süresi dolmuş eski Meclisler' e karşı aşağılamada bulunulması halinde eski 159. yeni 301. maddedeki suçun oluşup oluşmayacağıdır. Bu hususta Özek ikili bir ayrıma gitmektedir: Eğer eski

⁶⁸ YCGK, 16.04.1962, 27 E. - 23 K. (Erişim: Çetin Özek, “TCK. nun 159. maddesi – Hukukî varlığını kaybetmiş bir yasama organının tahkiri”, Mahkeme Kararları Kroniği, İÜHFM, C: 29, S: 3, 1963, s. 786- 788)

⁶⁹ Ibid., s. 795

⁷⁰ YCGK, 16.04.1962, 27 E. - 15 K. (Erişim: Akdağ, **op. cit.**, s. 247)

Meclis, yeni Meclis ile aynı Anayasa düzeni içerisinde yer almakta ise bu durumda eski Meclis’ e karşı da eski 159. maddedeki suç işlenebilecektir. Özek, bu görüşünü “istimrar”, yani süreklilik ilkesine dayandırmakta, farklı devrelerdeki fakat aynı Anayasa dönemindeki Meclisler’ in manevi şahsiyetlerinin tek olduğunu ileri sürmektedir. Buna karşın; eski Meclis farklı bir Anayasa düzeni içinde kurulmuş ve güncel Meclis yeni bir Anayasa döneminde teşekkül etmişse, bu durumda eski Meclis’ e karşı aşağılayıcı ifadeler 159. madde kapsamında suç teşkil etmeyecektir.⁷¹ Bu görüşe Sancar da katılmaktadır: Sancar’ a göre 159. madde ile korunmak istenen hukuksal menfaat iş başında olan yasama organıdır. Bununla beraber Anayasa’ nın yürürlükte olduğu dönemde var olan tüm Meclisler’ in de bu korumadan yararlanması gerekmektedir.⁷²

Bu noktada bir gerçek kişi ile analogi yapmak belki de yerinde olacaktır. TCK’ nin “*Hakaret*” başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasına göre; “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.*” Hakaret suçunun mağduru bilindiği üzere sağ olan kişidir. Bunun yanında TCK’ nin 130. maddesinde “*Kişinin hatırasına hakaret*”; “*Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeyle sağ olmayan kişilere karşı hakaretin de cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu iki maddeden de görüleceği üzere sağ bir kimseye karşı hakaret ayrı bir maddede, ölü kişiye karşı hakaret ayrı bir maddede düzenlenmektedir. Dolayısıyla ölü kişiye karşı hakaretin özel bir düzenleme ile farklı maddede düzenlenmek istendiği söylenebilir. Aynı husus 301. maddede korunan TBMM’ ye uygulanacak olursa; “«ölü kurumlar» olarak değerlendirebileceğimiz eski Meclisleri aşağılama fiili cezalandırmak istense idi bunun ayrı bir madde ile düzenlenmiş olması gerekirdi” şeklinde bir yorum yapılabilecektir. Kanun koyucunun eski yasama organlarına karşı aşağılamayı ayrı bir maddeyle düzenlememesi, bu kurumlara karşı işlenen aşağılama suçunun 301. madde kapsamına sokulamayacağı ve korunan kurumun “sağ” olan aktüel Meclis olacağı

⁷¹ *Ibid.*, s. 798- 799

⁷² Sancar, *op. cit.*, s. 101

anlamına gelmektedir. Ancak bu görüş her ne kadar içerisinde haklı noktalar barındırsa da maddenin korumak istediği nüvenin Devlet’ in saygınlığı olduğu göz önüne alındığında aslında- sağ veya ölü- tüm Meclisler’ in bu korumadan yararlanması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Bununla birlikte; Özek ve Sancar’ ın katıldığı görüş olan Anayasal düzen içerisindeki yasama organlarının bu korumadan yararlanacağı görüşüne kısmen katılmamaktayız. Zira aynı Anayasal düzen içerisinde olmasına karşın dönemi sona ermiş Meclis’ in artık bir fonksiyonu kalmamış, eski Meclis yerini yeni Meclis’ e bırakmıştır. Dolayısıyla eski Meclis’ in üyeleri, oluşumu, sayıları gibi birçok dinamik değişmiştir. Her Meclisin fonksiyonelliği kendi görev süresi ile sınırlı olup yerini yeni döneme başlayan Meclis’ e bıraktığında herhangi bir yasama işlevi de kalmamaktadır. Zira eski Meclis tabiyeten kanun çıkaramamakta; yani yasama ile alakalı hiçbir yetkisi kalmamaktadır. Bu görev ve yetki halk tarafından seçilen yeni Meclisçe kullanılmaktadır. Bu halef- selef ilişkisi ya da Özek’ in ifade ettiği şekilde “istimrar” prensibi; 301. madde kapsamında değerlendirilmemeli, her Meclis kendi dönemi için ayrı ayrı manevi şahsiyeti ve yasama fonksiyonunu haiz olmalıdır. Zira her Meclis dönemi, toplumun iradesini yeniden tesis ettiği ve eskisiyle birebir aynı olmayan bir devreyi temsil etmektedir. Neticeten aynı Anayasal düzen içinde olup olmamasına bakılmaksızın madde ile; ya sadece güncel Meclis’ in korunması ya da bizim savunduğumuz gibi aynı Devlet çatısı altında oluşmuş Meclisler’ in korunması gerekecektir.

Son olarak belirtilmelidir ki; genel kabule göre 301. maddede korunmak istenen Devlet’ in itibarıdır. Maddenin kanundaki düzenleniş şekli de bu tezi desteklemektedir. Dolayısıyla asıl korunan hukuki menfaat Devlet’ in saygınlığı olduğu için; eski ya da yeni, Türkiye Cumhuriyeti Devleti altında teşekkül etmiş herhangi bir Meclis’ in aşağılanması durumunda Devlet’ in itibarı da zedelenmiş olacaktır. Zira Meclislerin adları ya da sayıları değişse bile Devlet baki kalmaktadır.

Sonuç olarak, eski Meclisler’ e karşı aşağılamanın gerçekleşmesi halinde iki farklı çözüm yolu mevcuttur: İlki; maddede belirtilen Türkiye Büyük Millet Meclisi kavramından, 301. maddenin yürürlükte olduğu dönemdeki Meclis’ in anlaşılması gerektiği, buna karşın aynı Anayasal düzen içinde bulunsa bile önceki Meclisler’ i kapsamayacağıdır. İkincisi ve bizim de katıldığımız çözüm ise; Türkiye Cumhuriyeti

Devleti altında kurulmuş olan Meclisler’ den herhangi birine karşı alenen aşağılama suçu gerçekleşirse, bunun fark gözetilmeksizin 301. madde kapsamında cezalandırılacaktır.

D- Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti

Bu kurumun maddedeki önceki düzenlenme şekillerine bakıldığında; kavrama 1926’ da ilk olarak “*Hükûmetin şahsı manevisi*” dendiği görülecektir. 1936 yılındaki değişiklik ile bu terim “*Hükûmetin manevi şahsiyeti*” olarak değiştirilmiştir. Kanunda yapılan 1946 ve 1961 yılındaki değişiklikler ile Hükûmetin manevi şahsiyeti kavramı muhafaza edilmiştir. Son olarak bu değer yerini bir kurum olan Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti’ ne bırakmıştır. Günümüzde 301. maddede korunan kurum da budur.

TDK’ ye göre hükûmet; “*Bakanlar Kurulu*”, “*Bir ülkenin yönetim kuruluşları*” ve “*Devlet yönetimi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Günlük hayatta da Hükûmet, Bakanlar Kurulu anlamında kullanılmaktadır. Son Anayasa değişikliğinden önce 1982 Anayasası’ nın 109. maddesi ve devamı Bakanlar Kurulu’ nu düzenlemekteydi. 109. maddeye göre; Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan oluşmaktadır. 112. madde ise; Başbakan’ ın görevlerini sıralarken Bakanlar Kurulu’ nun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlayacağını ve hükûmetin genel siyasetinin yürütülmesini gözeteceğini ve bu siyasetin yürütülmesinden Bakanlar Kurulu’ nun da müştereken sorumlu olacağını belirtmiştir. Bu iki maddeden Hükûmet kavramının tam olarak ne olduğu anlaşılamamakla beraber, doktrinde ve içtihadta Hükûmet’ in Bakanlar Kurulu ile eş anlamlı olduğu kabul edilmektedir. Bu hususa örnek olarak Tanör/ Yüzbaşıoğlu; “*Yürütme yetkisini fiilen kullanan bakanlar kuruluna hükümet de denir.*”⁷³ şeklindeki görüşü verilebilir.

Bununla beraber “iktidar” sözcüğü de günlük hayatta kimi zaman Hükûmet ile eş anlamlı olarak kullanılabilir. Bu konuda Yargıtay 1. CD, 1969 yılına ait bir kararda;

“Mahkeme kararında da etraflıyla açıklandığı üzere, hukuki anlamda iktidar partisi ile Hükümet mefhumu tamamıyla birbirlerinden ayrı bulunduğundan Büyük Millet Meclisinde çoğunlukla bulunan ve iktidar partisi denilen siyasi bir partinin

⁷³ Tanör/ Yüzbaşıoğlu, **op. cit.**, s. 378

politik görüş ve davranışlarına yöneltilen tenkitlerin hukuken hükümete mal edilmesi mümkün olmadığı gibi; Başbakan veya diğer herhangi bir bakanın bazı tutum ve hareketlerinin eleştirilmesinin Türk Ceza Kanununun 159. maddesine göre; “Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif” suçunu teşkil etmeyeceği de şüphesiz bulunmuştur.”⁷⁴

YCGK ise bu hususa eski 159. madde konulu ve 09.05.1977 tarihli kararında şu şekilde değinmiştir:

“C.Başsavcılığı itiraz yazısında: (Halli gereken husus katil iktidar sözünün TCK.'nun 159/1. maddesi şümulüne giren hükümetin şahsiyetini tahkir suçunu teşkil edip etmeyeceğini tayin ve tesbitten ibarettir.

Her ne kadar iktidar nazariyatta, hükümetten farklı ve hükümeti de içerisine alan geniş kapsamlı bir kavram ise de, hükümet, iktidarın icraat yönünden temsilcisi ve iktidarın etkin bir organıdır.

Bu sebepten dolayı hükümeti iktidardan, iktidarı da hükümetten tecrit ve tefrik mümkün görülmemektedir.

(...)

İktidar sözcüğünün (Kudret, erk, güç) anlamına geldiği Türk Dil Kurumu yayınlarından Türkçe sözlükte bildirilmektedir. Doktrinde ise iktidarın hükümetten daha geniş bir anlam taşıdığı kabul edilir. Bir devlette iktidar deyince bu devlette iktidarı elinde bulunduran kurumlar veya kuruluşlar akla gelir.

Bunlar, yasama, yürütme, hatta yargılama kuvvetleri, partiler gibi kuvvet kaynaklarıdır.

Ceza Kanunu bunlardan hangilerinin korunduğunu açık ve seçik biçimde getirdiği hükümlerle göstermektedir. İktidar kavramı hükümetle sınırlı olmayıp ondan daha geniştir. Kanun koyucu iktidarın korunmasını isteseydi ona ilişkin hüküm

⁷⁴ Yargıtay 1. CD, 15.05.1969, 1137 E. - 1489 K. (Erişim: Erol Çetin, **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Temmuz 2005, s. 213)

getirirdi. Kanun korunmasını istediği kurumları açık ve seçik biçimde göstermek yolunu üstün tutmuştur.⁷⁵

demek suretiyle iktidar kavramının Hükûmetten daha kapsayıcı bir terim olduğunu dile getirmiştir. Yukarıdaki Yargıtay kararında çoğunluğa katılmayan üyeler ise; hükûmetin, iktidarın özü ve sembolü olduğunu, sanıkların duvara yazdıkları “Katil İktidar” sözlerinin Hükûmet’ e yönelmiş olduğunu savunmuştur. Aynı şekilde Yargıtay 9. CD de verdiği bir kararda;

“(…) suç konusu bildiride yer alan “iktidar” sözcüğünün ise TCY’ nin 159. maddesinde korunan “hükümetin manevi şahsiyeti” ile eş anlamlı olmayıp, iktidarın millet hakimiyetini kullananlara, görev ve sorumluluklarının karşılığı ve gerçekleştirme aracı olarak verilen yetkilerden ibaret bulunmasına, Hükümetin ise yürütme kuvvetini temsil eden Anayasal organın bütününi teşkil etmesine, bu itibarla iktidar sözcüğünün özellikle olayda hükümeti açık olarak istihdaf etmemesi (...)”⁷⁶

diyerek iktidar ve Hükümet kavramlarının farklı olduğunu vurgulamıştır.

Bununla beraber 5237 s. k. gerekçesinde “Bu hüküm karşısında, örneğin iktidarın tahkir ve tezyif halinde fiilin Hükümete yönelik bulunduğu hususunda duraksanmayacak işaret ve alametler varsa, fiilin Hükümete yönelik olduğu kabul edilecektir.” demekle aslında iktidar ve Hükûmet kavramlarının farklı manalara sahip olduğu vurgulanmaktadır.

Hükûmeti aşağılamak ile alakalı bazı AİHM kararları da mevcuttur. Bunlardan belki de en önemlisi *Castells v. İspanya Kararı*’ dır. Karara konu olayda senatör olan Manuel Castells, bir dergide yayınlanan makalesinde faili meçhul cinayetlerin aydınlatılamamasının Hükûmet’ in kusuru olduğunu söylemiştir. Makaledeki bir pasajda; faşist bazı örgütlerin devletin bilgisi dâhilinde eylemlerde bulunduğu ve bunların devletten bağımsız düşünölemeyeceğini, bu örgütlerin gerçekte var olabileceğine inanmadığını, bunların aynı kişiler olduğunu ve yapılan eylemlerin arkasında ancak Hükümet ve Hükümet partisi ile onların adamlarının yer aldığını beyan eden görüşlere yer verilmiştir.

⁷⁵ YCGK, 09.05.1977, 1977/ 172 E. - 1977/ 198 K.

⁷⁶ Yargıtay 9. CD, 08.5.1985, 1253 E. - 2582 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 200)

Castells' in bu ifadeleri neticesinde hakkında "hükûmeti aşağılamak" suçundan dava açılmış ve yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır. AİHM, hükûmete karşı yöneltilen bu ifadelerin "*Hükümet için sıkıntı verici olsa da, söz konusu olayların ortaya konulması kamu yararına hizmet etmiştir.*" diyerek Castells' i haklı bulmuştur. Bununla beraber Yüksek Mahkeme; Hükümet' e yöneltilen eleştirilerin hoş görülebilir sınırlarının kişilere, hatta siyasetçilere yönelik eleştirilerin sınırlarından daha geniş olduğunu, demokrasilerde Hükümet' in eylem ve ihmallerinin yalnızca yargı ve yasama organlarının değil, basın ve kamuoyunun da incelemesine tabi olacağını belirtmiştir. Kararın devamında üstün bir konumda bulunan Hükümet' in, muhalefet ve basının haksız saldırıları ile eleştirilerini cevaplamak ve karşılamak için başka araçlara sahip olduğu durumlarda cezaî yargılamaya başvurma hususunda kendini frenlemesi gerektiği; buna karşın temeli olmayan ve suinîyetle yapılmış iftira niteliğini haiz suçlamalar, ithamlar söz konusu olursa, bu durumda aşırıya kaçılmadan ve orantılı şekilde tepki göstermeyi hedefleyen cezai nitelikte önlemler alma konusunda kamu düzeninin güvencesi sıfatıyla adımlar atabileceği ifade edilmiştir.⁷⁷

Görüldüğü üzere AİHM, Hükûmete karşı eleştiri sınırının politikacılar dâhil özel kişilere getirilen eleştiri sınırından daha geniş olması gerektiği kanaatindedir. Aynı husus *Dink v. Türkiye Kararı*' nda da belirtilmiştir:

*"Bununla birlikte, AİHM, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının, siyasal söylem veya kamu yararıyla ilgili konularda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına hiçbir şekilde mahal vermediğini hatırlatmaktadır (...). Üstelik Hükümet'e karşı kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir yurttaşa veya hatta bir politikacıya göre daha geniştir. Ayrıca, Hükümet'in işgal ettiği hâkim konum, özellikle de muhaliflerinin haklı olmayan saldırı ve eleştirilerine cevap vermek için başka yollar bulunuyorsa, kendisinin yasal cezalandırma yolunu kullanma konusunda daha ölçülü davranmasını gerektirmektedir (...)."*⁷⁸

Buna karşın; Yargıtay' ın bazı kararlarda Hükûmete yönelik eleştirilerin sınırlarını dar çizdiği de hatırlatılmalıdır:

⁷⁷ AİHM Daire, 23.04.1992, *Castells v. İspanya Kararı* §46, Baş. No: 11798/ 85 (Çev.: Osman Doğru/ Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, 1. baskı, T. C. Yargıtay Başkanlığı, 2013, s. 306- 315)

⁷⁸ AİHM 2. Daire, 14.09.2010, *Dink v. Türkiye Kararı* §133, Baş. No: 2668/ 07, 6102/ 08, 30079/ 08, 7072/ 09 ve 7124/ 09), Çev.: T.C. Adalet Bakanlığı, 2013

*“Kamu davasına konu olan dosyada mevcut açıklamalarda (ülkemizde Orman Kanunu ortamı, Irmak Hükümeti yönetimindeki ilk olay değildir. Bu olay öğretmenlerin dövülmesi, sistemli biçimde sürdürülen baskınlar, cinayetler zincirinin bir halkasıdır) tarzındaki ifade de yer alan sözlerde hükümetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif, kasdı ve saiki vardır.”*⁷⁹

1- 6771 s. k. ile Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Işığında “Hükûmet” Kavramı

Bilindiği üzere 21.01.2017 tarihinde kabul edilen “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, 11.02.2017 tarihinde 29976 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır. Kabul edilen Anayasa değişikliği ile yasama ve yürütme organında köklü değişiklikler gerçekleşmiştir.

Bu değişikliklerden belki de en önemlileri; Anayasa’ nın 8. maddesindeki *“Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”* ibaresinin kaldırılması, 109. madde ve devamında Bakanlar Kurulu ile alakalı düzenlemelerin ilga edilmesi ve yapılan değişiklik neticesinde 104. madde ile yürütme yetkisinin tek başına Cumhurbaşkanı’ na verilmesidir. Dolayısıyla 2017 değişikliği ile gelen ve “partili Cumhurbaşkanlığı” diye tarif edilebilecek sistem neticesinde yürütmenin iki başlı yapısı ortadan kaldırılmış ve yürütme organı tek bir makam nezdinde toplanmıştır. Bu noktada karşılaşılan soru bu Anayasa değişikliğinin 301. maddede korunan Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti’ nin konumunu nasıl etkileyeceğidir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Hükûmet ile Bakanlar Kurulu günümüzde aynı anlamlarda kullanılmaktadır. Dolayısıyla 2017 değişikliği ile Bakanlar Kurulu’ nun ortadan kalkması aslında Hükûmet’ in de ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Sonuç olarak 301. maddede sayılan kurumlardan olan Hükûmet’ i aşağılamanın gerçekleşmesi durumunda ne olacağı an itibariyle muğlaktır.

Kanaatimizce bu boşluk iki farklı şekilde doldurulabilir. İlk olarak 301. maddeden “Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti” kavramı çıkartılmak suretiyle bundan sonra Hükûmet’ e karşı alenen aşağılamanın bir suç olarak kabul edilmeyeceği

⁷⁹ Yargıtay 8. CD, 23.09.1975, 1975/ 5345 E. - 1975/ 5657 K. (Erişim: Akdağ, **op. cit.**, s. 248)

düzenlenebilir. Zira yeni Anayasa ile ilga edilen bir kuruma karşı aşağılama suçunun gerçekleşmesi hukuken mümkün olmamalıdır. İkinci olarak; nasıl ki önceki Meclisler’ e karşı işlenen alenen aşağılama suçunda değindiysen burada da aynı mantık silsilesi izlenebilir ve aynı Devlet altında oluşmuş Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetler’ ine karşı bu suçun işlendiği kabul edilebilir.

E- Devletin Yargı Organları

301. maddenin ilk fıkrasında korunan kurumlardan bir diğeri ise “devletin yargı organları” dır. Bu ifade madde dışında değerlendirilecek olursa genel bir anlam içermekte olup içerisinde yargılama faaliyetlerini yürüten ve yargı erki içinde sayabileceğimiz ve aşağıda değineceğimiz müesseseleri ihtiva etmektedir. Esasen maddede 1936 yılında Adliye encümeninin yaptığı değişiklik ile korunmak istenen değer; “Adliye’ nin manevi şahsiyeti” idi. Bu değişiklik;

“Ordu ve adliye Devletin en sağlam ve kudretli iki direğini teşkil etmeleri itibarile Adliyenin manevî şahsiyetini tahkir, edenlerin aynı suretle cezalandırılmaları encümence muvafık görülmüştür.”

şeklinde açıklanmıştır. Adliyenin manevi şahsiyeti 5237 s. k.’ a kadar maddede muhafaza edilmiş, suçun 301. madde altında düzenlenmesi ile bu değer, yerini “Devletin yargı organları” na bırakmıştır. Esasen Hükûmet’ in teklif ettiği metinde Adliyenin manevi şahsiyeti korunmaya devam edilmek istenmiş fakat Adalet Komisyonu bu metni “Devletin yargı organları” şeklinde değiştirerek kabul etmiştir. Komisyon’ un gerekçesinde bu değişikliğin nedeni belirtilmemektedir. Tahminimizce asıl neden “manevi şahsiyet” gibi geniş yorumlanabilecek bir kavramın somutlaştırılmak istenmesidir. Bu değişiklik bazı yazarlar tarafından olumsuz bir gelişme olarak tanımlanmış ve madde ile korunan kurumların sayısının artırılarak düşünce ve ifade özgürlüğünün daha da kısıtlandığını belirtilmiştir. Sancar bu konu hakkında;

“Bu ifade (Devlet’ in yargı organları kastedilmektedir) bir bütün olarak “yargı organı” dışında tek tek organları ya da mahkemeleri (Danıştay, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi gibi) hedef alan ifadelerin de suç sayılmasına yol açabilecek yorumlara

elverişli olması açısından sakıncalıdır. O nedenle çoğul bir ifade yerine “yargı organı” ifadesi kullanılmalıydı.”⁸⁰

yorumunu yapmıştır. Gerçekten de bu değişiklik ile her ne kadar soyut bir kavram somutlaştırılmaya çalışıldıysa da korunan kurumların kapsamı hayli genişletilmiş ve yargı organı olarak addedilen her yapı bu madde ile koruma kapsamına girmiştir. Bu değişiklik yapılmadan önce aksi görüşler ve kararlar olsa da genel kanı; belirli bir mahkeme gözetilerek yapılan hakaretlerin bu suç kapsamına girmeyeceği, ancak Adliyenin saygınlığına ve yargı erkinin bütününe yapılmış aşağılamanın 159. madde kapsamına gireceği idi. Bu hususta YCGK 1982 yılında verdiği bir kararda;

“Yukarıda ana hatları gösterilen konuşmanın Devlet Güvenlik Mahkemelerine yönelik olduğu açıkça bellidir. Konuşmada belirli bir mahkeme değil, Anayasa’ya göre kurulmuş bir yargı organı olan ve Türk Ulusu adına yargılama yapan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin tümü hedef alınmıştır. Bu mahkemelerin kararlarının temyiz mercii Yargıtay olmakla bir mahkeme bütünleşmesi sözkonusudur. Konuşma sırasında ayrıca birkaç kişinin bölgede görev yapan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin isminden ve icraatından bahsetmesi, konuşmanın, genel niteliği ve amacı karşısında muayyen bir mahkemeye yönelik olduğu anlamını çıkarmayı gerektirmez. Genellik ifade etmesine göre, eylemin adliyenin manevi şahsiyetine yönelik olduğunun kabulü icap eder. Bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.3.1978 gün, 1978/531 E. ve 1979/111 sayılı kararında da ifade olunmuştur.”⁸¹

demekle o dönemde faal olan Devlet Güvenlik Mahkemeleri’ ne; yani belli bir mahkemeye yönelik hakaretimiz söylemlerin başlı başına bu suçu oluşturmayacağı, ancak kastedilen bir bütün olarak yargı sistemi ise eski 159. maddenin vücut bulacağı belirtilmiştir.

Son olarak değinmek gerekir ki; AİHM’ in *Barfod v. Danimarka Kararı*’ na göre; mahkemeyi eleştirmenin hâkimleri eleştirmeden de mümkün olduğu durumlarda, hâkimlerin eleştirilmesi (olayda hâkimlik yapan kişiler aslen hâkim olmasalar da) mahkemeye değil, hâkimlere yönelik bir fiil olarak değerlendirilmelidir. Karara konu

⁸⁰ Sancar, **op. cit.**, s. 154

⁸¹ YCGK, 20.12.1982, 1982/ 448 E. - 1982/ 508 K.

olayda başvuru, meslekten olmayan iki kişi ve bir hâkim olmak üzere toplamda üç kişi ile teşekkül eden mahkemeye karşı bir dergide yazdığı makalede;

“Yerel Hükümet üyelerinden birçoğu, biri müze müdürü ve diğeri kentsel konut işlerinde danışman olan ve Yerel Hükümet tarafından doğrudan istihdam edilen bu iki meslekten olmayan yargıcın işlerini yapmalarını izlemek için zaman ayırmışlar, onlar da işlerini yapmışlardır. Karar, bire karşı iki oyla Yerel Hükümetin lehine çıkmıştır; böyle yargıçların bulunduğu bir heyette, kimin nasıl oy kullandığını tahmin etmek zor değildir.”

demıştır. AİHM olayda iki yargıca karşı şahsi saldırı yapılmadan da mahkemenin oluşumunu eleştirmenin mümkün olduğu kanısına varmış ve her ne kadar o bölgede geçerli olan mahkemelerin teşekkül sistemi eleştirilmiş olsa da, aşağılama olarak nitelediği bu sözlerin devletin yargı organlarına değil, hâkimlere karşı söylendiği sonucuna ulaşmıştır.⁸² AİHM’ in bu kararından da görüldüğü ki; hâkimlere karşı aşağılamada bulunulması devletin yargı organlarının aşağılandığı manasına gelmemektedir.

1- Yüksek Mahkemeler

Anayasa’ nın 138. ve devamı maddeleri yargı erkinin ana hatlarını çizmektedir. 9. maddede ise; “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” denmektedir. Bununla beraber yine Anayasa’ nın 146., 154., 155., ve 158. maddelerinde “Yüksek Mahkemeler” başlığı altında birtakım kurumlar sayılmıştır. Bunların da 301. maddedeki “yargı organları” kapsamına gireceği muhakkaktır. Bahsi geçen mahkemeler; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’ dir. Bununla beraber 2017 Anayasa değişikliği öncesi bu başlık altında 156. ve 157. maddelerde sırasıyla Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi de mevcuttu. Ancak günümüzde bu iki kurum ilga edildiği için TCK’ nin 301. maddesi kapsamında bu iki kurum özelinde herhangi bir koruma sağlanmamaktadır. Günümüzde ilga edilen bu Yüksek Mahkemeler’ e karşı aşağılama fiilinde bulunulması durumunda yukarıda değindiğimiz Hükûmet’ i ya da önceki Meclisler’ i aşağılama ile aynı sonuçların doğacağı kanaatinde olduğumuz için bu hususu tekrar

⁸² AİHM Daire, 22.02.1989, *Barfod v. Danimarka Kararı*, Baş. No: 11508/ 85, (Çev.: Doğru/ Nalbant, *Ibid.*, s.303- 306)

etme gereği duymuyoruz. Her ne kadar Yüksek Mahkemeler arasında yer almasa da aynı konu ile alakalı olduğu için Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile askerî mahkemeler ve disiplin mahkemelerine de değinmek lüzumu doğmuştur. Bilindiği üzere; Anayasa’ nın “Yargı” başlığı altında 143. maddesinde düzenlenmiş olan Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 07.02.2004 tarihinde 5170 s. k. ile ilga edilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar yargı organları içerisinde yer alsın da günümüzde var olmayan bir kuruma karşı aşağılama fiilinin oluşamayacağı göz önüne alındığında, DGM’ leri aşağılama halinde bu fiilin TCK’ nin 301. maddesi kapsamına girmeyeceği aşikârdır. Aynı şekilde Anayasa’ nın 145. maddesinde “Askerî Yargı” başlığı altında düzenlenmiş olan askerî mahkemeler de 21.01.2017 kabul tarihli 6771 s. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ un 16. maddesinin “E” bendi ile ilga edilmiştir. Dolayısıyla DGM’ ler için yapılan yorumun aynısı bu mahkemeler için de geçerli olacaktır. Ancak önceki Meclis ve Hükûmetler’ in aşağılanması halinde yukarıda yaptığımız değerlendirmeyi tekrar etmekte fayda vardır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki; yeni 142. madde ile birlikte disiplin mahkemeleri Anayasa değişikliği sonrasında da varlığını devam ettirmekte, bununla beraber askerî mahkemeler savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlarla alakalı davalara bakmak için kurulabilmektedir. Dolayısıyla disiplin mahkemeleri ve savaş halinde belirtilen suçlara bakmakla görevli askerî mahkemeler de yargı organı başlığı altına girmektedir.

Bununla beraber Yüksek Mahkemeler başlığı altında düzenlenmemiş olsa da devamı maddeler olan 159. ve 160. maddelerde düzenlenen Hâkimler ve Savcılar Kurulu’ nun (2017 Anayasa değişikliği ile kurumun isminden “Yüksek” ibaresi çıkartılmıştır) ve Sayıştay’ ın yüksek mahkemelerden sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Zira Anayasa Mahkemesi 1991 yılında verdiği bir karar ile; Sayıştay’ ın esasen TBMM adına mali denetim görevini icra eden ve bu denetim kapsamında aleyhine hiçbir yargı organına başvurulamayan, bazı kesin kararlar alan nev- i şahsına münhasır bir anayasal kurum olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında, Sayıştay’ ın yargı organı olarak sayılmayacağı ve üyelerinin hâkimlere ilişkin hükümlere tabi olmayacağı; yargı kuruluşları ile benzerlik göstermeyen yetki, çalışma yöntemi, görevi ve verdiği kararlar aleyhine yargı yolunun kapatılmış olması gibi gerekçelerle kabul edilmiştir.”⁸³

⁸³ AYM, 11.07.1991, 1990/ 39 E. - 1991/ 21 K. ve Tanör/ Yüzbaşıoğlu, **op. cit.**, s. 482

AYM bu kararıyla Sayıştay' ın yüksek mahkemeler arasında yer almadığını belirtmiştir. Bazı yazarlara göre de Sayıştay yüksek mahkemelerden sayılmamalıdır. Keza Giritli/ Bilgen/ Akgüner/ Berk' e göre; Sayıştay üyeleri anayasal düzeyde ve temelde yargıç veya savcı statüsünde olmadıkları için bu mesleklerin güvencelerinden de yararlanamazlar. Bununla beraber Sayıştay ve Danıştay arasında vergi ve benzeri mali yükümlülükler ile alakalı olarak bir uyumsuzluk çıktığında Danıştay kararlarının esas alınacağını düzenleyen Anayasa' nın 160. maddesinin ikinci fıkrası göz önüne alındığında; Sayıştay' ın bir yargı organı değil, *sui generis* bir anayasal kurum olduğunu belirtmişlerdir.⁸⁴

Hâkimler ve Savcılar Kurulu ise Anayasa' nın 159. maddesine göre; “mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı” esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Dolayısıyla Giritli/ Bilgen/ Akgüner/ Berk ekolü anlayışı çerçevesinde HSK' nin kuruluşunda yukarıdaki güvence ve nitelikler esas alındığı için bu kurum her ne kadar Anayasa' da yüksek mahkemeler başlığı altında yer almasa da yargı organları içine girmeli ve TCK' nin 301. maddesi korumasından yararlanmalıdır. Bununla beraber 2802 s. Hâkimler ve Savcılar Kanunu' nun 4. maddesine göre; “*Hakimler mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.*” Bu madde diğer yargı organlarının sahip olduğu özelliklerin HSK' de de olduğunu ve bu kurumun da bir yargı organı olduğunu göstermektedir.

2- Yüksek Seçim Kurulu

Yargı organlarının hangi kurumlardan oluştuğu incelenirken değinilmesi gereken bir başka kurum da Yüksek Seçim Kurulu' dur. YSK, 1950' de kurulmuş ve ilk kez 1961 Anayasası ile anayasal bir kurum niteliği kazanmıştır. Bu Anayasa' nın “Seçimlerin genel yönetim ve denetimi” başlıklı 75. maddesinde; YSK üyelerinin Yargıtay ve Danıştay' dan seçileceği ve görevleri belirtilmiştir. Daha sonra 26.04.1961' de 298 no' lu *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun* başlıklı kanun yürürlüğe girmiş ve bu kanunun 11. maddesi ile YSK' nin

⁸⁴ İsmet Giritli/ Pertev Bilgen/ Tayfun Akgüner/ Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, 5. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 291- 292

oluşumu ve görevleri hakkında düzenlemeler yapılmıştır. 1987, 1997 ve 1999 yıllarında maddenin çeşitli fıkraları değişikliğe uğramış ve nihayetinde 30.11.2017 tarihli 7062 s. *Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun* ile ilga edilmiştir.

YSK' nin aldığı kararlara karşı itiraz edilebilecek herhangi bir yargı organı ya da merci bulunmamaktadır. Buna karşın YSK üyeleri Yargıtay ve Danıştay' dan seçilmekle beraber yukarıda bahsi geçen kanunlarda ve Anayasa' nın hiçbir yerinde bu Kurul' un bir yüksek mahkeme hatta bir yargı organı olduğuna dair ibare yer almamaktadır. Bu konuyla alakalı olarak Gözler; YSK' nin bir yüksek mahkeme hatta bir yargı organı olmadığını, seçim uyuşmazlıkları hakkında kesin karar verme yetkisine sahip bir yüksek kurul olduğunu belirtmiştir.⁸⁵ Hakeza Anayasa Mahkemesi de 1992 yılına ait bir kararında üyelerinin çoğunluğunun kabulü ile YSK' nin yargı organı olmadığını ifade etmiştir. AYM, öncelikle bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için gereken koşulları saymıştır. Bunlar; kararı veren kişi ve organların hâkimlerden oluşması, yargılama tekniklerini uygulamak suretiyle ve genel olarak dava yolu ile uyuşmazlıkları çözümleme konusunda görevli olması ve Anayasaca düzenlenmiş, başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer almasıdır. Mahkeme daha sonra YSK' nin görevlerini saymış ve Anayasa' ya göre YSK' nin kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacağını belirtmiştir. Daha sonra seçim kurullarının (ve YSK' nin) Anayasa' nın yargı bölümünde yer almadığına ve yargı organlarının sahip olması gereken anayasal niteliklerin tamamını haiz olmadığına değinilmiştir. Son olarak AYM, YSK' nin seçimle ilgili uyuşmazlıkları nihai şekilde çözümlemesinin, tamamının yüksek yargıçlardan oluşmasının ve il- ilçe seçim kurullarının başkanlarının hâkim olmalarının seçim kurullarının ve bu kurulların başkanlığı addedilen YSK' nin mahkeme olarak nitelendirilmesi için yeterli olmadığını belirtmiştir.⁸⁶

AYM' nin bu kararına karşı bazı üyeler karşı oy kullanmışlardır. Bu karşı oy gerekçelerinde mahkemenin tanımı ve işlevinden bahsedilmiş ve dava ya da İtiraz yolu ile uyuşmazlıkların incelendiği, yargı organı, yargı mercii, mahkeme, hâkim gibi adların lafzîliğinden öte bunların işlevine bakılarak bir karar verilmesi gerektiği

⁸⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ağustos 2014, s. 180

⁸⁶ AYM, 18.02.1992, 1992/ 12 E. - 1992/ 7 K.

belirtilmiştir. Daha sonra ilçe seçim kurulu başkanlarının, mazereti olmaksızın oy vermeyen seçmenleri cezalandırma görevinin olmasının hâkim sıfatıyla yapılmış bir çeşit cezai yargılama olduğu savunulmuştur. Son olarak YSK ve seçimlerde görevli bulunan hâkimlerin seçim ile alakalı uyuşmazlıkların çözümündeki görevinin yargısal olduğu, seçim uyuşmazlıklarının çözümünde adli, idari ve askeri yargının yanında egemen yargı düzeninin baş aktörü olan YSK' nin il ve ilçe seçim kurulu başkanları olan hâkimlerin seçim yargısıyla görevli oldukları işlerde mahkeme sıfatıyla Anayasa Mahkemesi' ne İtiraz yolu ile başvurmaya yetkili oldukları belirtilmiştir.⁸⁷

Bu konuda daha yakın tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararına değinmek yararlı olacaktır. Bahsi geçen *Atila Sertel Başvurusu*' na dair Anayasa Mahkemesi kararı 07.10.2015 tarihli ve 29495 s. Resmi Gazete' de yayımlanmıştır. Bu kararda çoğunluk görüşüne katılmayan başkanvekili ve bir üye ise karşı oy gerekçelerinde; seçimlerin yargı organı olan il ve ilçe seçim kurulları ve en yüksek organ olan YSK' nin denetim ve gözetimi altında yapılmak durumunda olduğunu, seçim yargısı konusunda en yüksek organın YSK olduğunu ve bu kurumun seçim yargısı konusunda bir yargı organı olduğunu, aksi takdirde Anayasa' nın 79. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olacağını (seçimlerin yargı organlarının yönetim ve denetimi altında yapılacağına ilişkin fıkra) belirtmiştir. Üye ve başkanvekili; ilçe seçim kurulu kararlarına karşı il seçim kuruluna, il seçim kurulu kararlarına karşıysa YSK' ye itiraz edilebileceğini, YSK' ce verilen kararların kesin olduğunu ve bunlara karşı Danıştay veya Yargıtay gibi başka bir mercie başvurulamayacağını, dolayısıyla YSK' nin seçim yargısı konusunda en üst dereceli yargı organı olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak, getirilen bu hükümlerin YSK' nin kararlarının idari işlem niteliğine sahip olmadığı, bunların birer yargı kararı olduğu, dolayısıyla başka bir yargı merciinde ayrı bir dava konusu yapılamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği ve bu konu ile alakalı olası tereddütleri gidermek amacıyla Anayasa ve yasa koyucunun yukarıda bahsedilen hükümleri getirme ihtiyacı duyduğu dile getirilmiştir.⁸⁸

Aynı karar için başka bir üyece yazılan karşı oy gerekçesine göre ise; mahkeme kavramının AİHS' in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini, dolayısıyla kanunda bu ad ile nitelendirilmiş olsun olmasın, belli bir usul izlemek ve hukuk kurallarına dayanmak suretiyle, gerektiği

⁸⁷ AYM, 18.02.1992, 1992/ 12 E. - 1992/ 7 K.

⁸⁸ AYM Genel Kurul Kararı, 14.07.2015, Baş. No: 2015/ 6723, 07.10.2015 T. – 29495 no' lu RG

takdirde devlet zoru ile yerine getirilmesi mümkün olan ve karar verme yetkilerini elinde bulunduran organ olarak tanımlanması gerekmektedir. Ayrıca, mahkeme sıfatının kazanılabilmesi için maddi ve hukuki açıdan dava konusu olayın inceleme yetkisinin bulunması ve dava konusu olayın bağlayıcı bir şekilde neticelendirme salahiyetinin olması gerektiği belirtilmiştir. Çeşitli AİHM kararlarından alıntılar yapan üyeye göre; yargısal faaliyetin en önemli ögesi bir hukuki uyuşmazlığın bütün yönleriyle esastan çözümlenmesi ve sonuca bağlanmasıdır. Bu açıklamayı yaptıktan sonra YSK' nin fonksiyonu ve görevlerine değinen üye, Kurul' un idari ve yargısal nitelikte görevleri olduğunu belirtmiş ve il- ilçe seçim kurullarının teşekkülünü sağlama, il seçim kurullarının teşekkülü ile işlemleri ve kararlarına karşı yapılan itirazları kesin karara bağlama gibi görevlerin yargısal nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra YSK' nin yargı organı olup olmadığı konusunda daha sağlıklı yorum yapabilmek için bağımsız ve tarafsızlığını inceleyen üyeye göre; Yargıtay ve Danıştay üyelerinden oluşan ve Anayasa' daki hâkimlerin bağımsızlığına ve hâkimlik teminatına ilişkin hükümlere uygun olan YSK de bağımsız ve tarafsızdır. Üye son bir ölçüt olarak “kanunla kurulmuş olma” kıstasını kabul etmiştir. Bu kıstası kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulleri gibi hususların yargılamanın başlamasından evvel yasaca belirtilmiş olması şeklinde açıklayan üye, Anayasa' nın 79. maddesinin üçüncü fıkrası ile 298 s. k.' un 110- 115. maddeleri ve 131- 132. maddeleri göz önüne alındığında; YSK' nin de kanunla kurulmuş olduğunu belirlemiştir. Sonuç olarak bu karşı oyda da; YSK' nin seçim ile alakalı olan itiraz ve şikâyetleri inceleme ve kesin hüküm altına alma görevi yönünden yargısal faaliyette bulunduğu ve bu görevleri icra eden Kurul' un, klasik mahkemeler organizasyonu altında düzenlenmemiş olsa da yargılama faaliyetinde bulunan bir organ olduğu sonucuna varılmıştır.⁸⁹

Görüldüğü gibi bu son karşı oy gerekçesinde bir kurumun yargısal işlevinin bulunması ölçütleri; hukuki uyuşmazlığı tüm yönleriyle esastan çözümleyerek sonuca bağlaması, bağımsız ve tarafsız olması ve kanunla kurulmuş olması olarak üç ana başlıkta toplanmıştır.

Teziç de YSK' nin yargısal fonksiyonu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre Kurul, 1961 ve 1982 Anayasaları' nda Yasama Bölümü başlığı altında yer almasına karşın Yargıtay ve Danıştay' ın kendi içlerinden çıkardıkları üyelerden oluşan bir

⁸⁹ AYM Genel Kurul, 14.07.2015, Baş. No: 2015/ 6723, 07.10.2015 T. – 29495 no' lu RG

“karma egemen üst yargı merci” olup seçim yargısının en üst derece mahkemesidir. Teziç bu görüşünü YSK’ nin verdiği kararların kesin olmasına ve başkaca bir merci tarafından denetlenemeyeceğine dayandırmıştır.⁹⁰

Doktrin ve içtihatla çoğunluk görüş YSK’ nin yargı organı olduğu yönündedir. Yukarıdaki yorumlar ve mülahazalar değerlendirildiğinde; Yüksek Seçim Kurulu’ nun Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun’ un 6. maddesinde belirtilen YSK’ nin görev ve yetkileri kapsamında yargısal birtakım fonksiyonları olduğu ve verdiği bu kararlar bakımından bir yargı organının işlevini haiz olduğu sonucu çıkmaktadır. Fakat bunun yanında idari bazı görev ve yetkileri olduğu da yine 6. maddeden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanımızca, maddedeki suç incelenirken; YSK’ nin yargısal fonksiyonunu kullandığı durumlarda bir yargı organı olarak addedilmesi, idari görev ve yetkilerini kullanırken ise bir idari organ olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Kısaca YSK hem bir yargı organı hem de idari organdır. Bunun nitelendirilmesi Kurul’ un olayda hangi görev veya yetkisini ifa ettiğine göre değişecektir.

Bu çerçeveden bakılacak olursa; YSK’ ye karşı alenen aşağılama hareketini gerçekleştiren kişinin 301. maddedeki suçu işleyip işlemediği, aşağılamanın YSK’ nin yargı organı niteliğine yönelip yönelmediğine göre incelenmelidir. Örneğin YSK, yargısal görevlerinden olan “il seçim kurunun kararına karşı yapılan itirazları kesin karara bağlamak” görevini yerine getiriyorsa ve fail de YSK tarafından bu görev kapsamında verilmiş bir karara karşı YSK’ yi alenen aşağılıyorsa bu durumda şüphesiz TCK’ nin 301. maddesindeki suç tipi oluşacaktır. Ancak YSK’ nin idari bir görevi olan; “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etmek” görevini yerine getirmesinden mütevellit failce YSK’ ye aşağılamada bulunulması halinde bu durumda fiil 301. madde kapsamında değerlendirilmemelidir. Sonuç olarak hem idari hem yargısal faaliyetler yürüten ve çift başlı bir yapı sergileyen YSK’ nin alenen aşağılanması durumunda, aşağılamanın YSK’ nin hangi işlevini yerine getirirken yapıldığı araştırılmalı ve buna göre 301. madde kapsamına girip girmediği belirlenmelidir.

⁹⁰ Teziç, **op. cit.**, s. 337

3- Hâkim, Savcı ve Avukatlar

TCK' nin "Tanımlar" başlıklı 6. maddesine göre; *"Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adli ve idari mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar"* anlaşılır. Yargı erkinin unsurları olarak addedebileceğimiz hâkimlik, savcılık ve avukatlık mesleğine karşı aşağılamada bulunulmasının 301. maddeye girip girmediği incelenmesi gereken başka bir husustur. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu üç meslekten birini icra eden birine karşı hakarete bulunulması halinde TCK' nin 301. maddesi değil 125. maddesinin 3. fıkrasının "a" bendinde yer alan "Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı" hakaret suçu oluşacaktır. Avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı konusu ise basit bir yorumlama ile anlaşılabilir: Avukatlık Kanunu madde 57' ye göre;

"Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır."

Hâkimlere karşı işlenen hakaret suçu da yukarıda belirttiğimiz gibi TCK madde 125/ 3/ a kapsamında değerlendirileceği için; avukatların görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı hakarete uğraması halinde bu suç da 125. maddeye girecektir.

Genel kabule ve Yargıtay kararlarına göre; bu meslekleri yerine getiren kişilere karşı 301. maddedeki suç işlenemez. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1971 yılındaki bir kararında;

*"Diğer yandan (Adalet Teşkilatı) C.M.U.K.'nun hükümleri karşısında C.Savcıları, teşkilatın, mahkemelerin esaslı ve ayrılmaz rükünleri olması bakımından genel olarak bütün savcılara matuf yazının adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif niteliğinde olduğuna dair ileri sürülen düşünce çoğunluk bulunmadığından varid görülmemiştir."*⁹¹

diyerek savcılarının tümüne karşı aşağılamada bulunulsa dahi eski 159. madde kapsamına girmeyeceği kabul edilmiştir. Bununla beraber YCGK bu kararında; fiilin 765 s. k.' un 266. ve 268. maddelerinde *"Resmi Sıfatı Haiz Olanlar Aleyhinde*

⁹¹ YCGK, 20.12.1971, 1971/ 384 E. - 1971/ 420 K.

Cürümler” başlığı altında düzenlenmiş olan suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşın Yargıtay, yakın tarihli bir kararında ise;

*“Dosya içeriğine göre: Sanığın, genelleme yaparak tüm cumhuriyet savcılarına yönelik olarak söylediği sabit olan sözlerde, adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif etme suçunun olduğu gözetilmeden, bu suçtan mahkûmiyeti yerine, oluşa uymayan ve kendi içinde çelişen gerekçeyle beraatine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”*⁹²

demek suretiyle yukarıdaki CGK kararına karşı bir tutum benimsemiştir.

Gerçekten de eski 159., yeni 301. maddenin oluşup oluşmadığı tespit edilirken fiilin olduğu koşullar ve olaylar dikkatlice incelenmeli, failin aşağılama kastının hangi kurum ya da kişiye yöneldiği tespit edilmelidir. Yargıtay önüne gelen bir davada; sanık avukatın duruşmanın üç ay sonrasına bırakılmasından bahisle; *“Bu hakimlerin hepsinin erkekleri kavat, pezevenk, kadınları orospu”* dediği olayda YCGK; olayda lokalde bulunanların sanığı uyardığı ancak sanığın genelleştirerek söylediği ifadelerin doğru olduğunu beyan ettiğini belirtmiştir. Kurul’ a göre; sanığın hedefi, bulunduğu ilçedeki hâkim değil; Türk milleti adına yargı yetkisini kullanan tüm mahkeme ve hâkimlerdir. Sanığın bu sözlerinin duruşmayı üç ay sonraya veren hâkime yönelik söylediği anlamını çıkartmaya elverişli olmadığını ifade eden YCGK, tüm hâkimlerin aşağılandığı göz önünde bulundurarak Adliyenin manevi şahsiyetinin tahkir ve tezyif edildiğini ifade etmiştir.⁹³

Bu karar oy çokluğu ile alınmıştır. Karşı oy kullanan bir üye yazdığı karşı oy gerekçesinde; cezada kanuniliğin esas olduğunu, suç tipinin ana unsurunun kast olduğunu belirttikten sonra, olay nezdinde sanığın duruşmaya giren hâkimi tahkir amacı ile hareket ettiğini belirlemiş ve kastın aşılması durumunun geçerli sayılmadığı 159. maddenin, sanığın kastı aşan yorumuyla oluştuğunun kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Sanığın fiilini ilçe hâkimine yönelik gıyapta hakaret olarak nitelendiren üye kesin bir dille Adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif suçunun vücut bulmadığını ifade etmiştir.⁹⁴

⁹² Yargıtay 9. CD, 22.03.2001, 538 E. – 874 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 183)

⁹³ YCGK, 22.05.1995, 1995/ 9- 127 E. - 1995/ 157 K.

⁹⁴ YCGK, 22.05.1995, 1995/ 9- 127 E. - 1995/ 157 K.

Görüldüğü gibi olayın gerçekleştiği şartların ve söyleniş tarzlarının iyi ve doğru bir şekilde değerlendirilmesi esas olduğu gibi, bu değerlendirme yapılırken kimi zaman görüş ayrılıkları ve yorum farklılıkları da doğmaktadır. Bunun neticesinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nda dahi suçun hukuki nitelendirmesinde ayrılıklar doğmaktadır.

Netice olarak; bizce hâkim, savcı ve avukat gibi yargılamanın unsurlarından olan kişilere karşı aşağılama 301. madde kapsamında değerlendirilemeyecek, ancak kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacaktır. Bununla beraber eğer kişi; hâkim, savcı ve avukatlara hakaret etmek suretiyle 301. maddede sayılan kurumları aşağılama kastıyla hareket ediyorsa, bu durumda alenen aşağılama suçunun olduğu kabul edilmelidir.

F- Devletin Askerî ve Emniyet Teşkilatı

301. maddenin ikinci fıkrasında devletin askerî ve emniyet teşkilatını aşağılamanın da bu suç kapsamına girdiği ve birinci fıkradaki kurum ve değerlerin aşağılanması halinde verilecek ceza ile aynı cezanın verileceği düzenlenmiştir. Ancak maddede genel hatlarıyla belirtilen bu teşkilatların içeriği konusunda yapılacak bir inceleme maddenin doğru yorumlanması açısından zaruridir.

Esasen 301. maddede korunan askerî teşkilat ve emniyet teşkilatı, güncel halini alana kadar birkaç lafzi değişikliğe uğramıştır. Bu kurum 1926 yılında maddenin ilk halinde “ordu ve donanma” şeklinde kanunda kendine yer bulmuşken, 1936 yılındaki değişiklik ile Adliye encümeni tarafından “Devlet’ in silahlı kuvvetleri” şeklinde değiştirilmiş ve gerekçesi maddenin tarihsel gelişimi bölümünde değindiğimiz üzere şu şekilde açıklanmıştır:

“Meri ceza kanununda ve Hükûmetin teklifindeki (ordu veya donanmasını) kelimeleri, maksadı kâfi derecede izah edici mahiyette görülmeyerek bunun yerine (Devletin silâhlı kuvvetlerini) kelimeleri konulmuş ve bu suretle ordu ve donanma haricinde kalan ve memleket müdafaası vazifesini haiz kuvvetler de kelimenin şümülü içine alınmıştır.”

Daha sonra 1938 yılındaki değişiklik ile bu kavram yerini “Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetleri” ne bırakmıştır. Yine önceki bölümlerde bahsettiğimiz gibi bu değişikliğin gerekçesi olarak; polise tahkir ve tezyifte

bulunanların da Devlet' in silahlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenlerle aynı muameleye tabi tutulması gerektiği ve gümrük ve orman muhafaza kuvvetleri ile jandarmanın da Devletin silahlı kuvvetleri tabirine girip girmeyecekleri hususunda tereddütleri ortadan kaldırma amacı gösterilmiştir.

301. maddede 1946, 1961, 2002 ve 2003 değişiklikleri yapılırken bu kavram aynı kalmıştır. 5237 s. k. yürürlüğe girdiğinde ise Adalet Komisyonu' nun yaptığı değişiklik üzerine bu kurumun yeni ismi “Devletin askerî veya emniyet teşkilatı” olmuştur. Günümüzde de bu son kavram kullanılmaktadır.

Belirtilmesi gerekir ki; Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçunun varlığı tartışılırken aşağılamanın yöneldiği hedefin iyi belirlenmesi gerekir. Bu husus 1936 değişikliğinde de aşağıdaki şekilde izah edilmiştir:

“Devletin silâhlı kuvvetlerini ve adliyenin manevî şahsiyetini tahkir cürmünün husul bulabilmesi için, tecavüz ve hakaret fiillerinin geniş manada askerî kuvvetleri temsil eden mevcudiyet veya memleketin adli kuvveti aleyhine tevcih olunması icab eder. Bunların bir cüzüne ve meselâ bir tabur, bir fıkra veya bir mahkeme veya adli heyete karşı yapılacak hakaret fiilleri bu maddenin değil, kanunda idarî veya adli heyetlere hakareten bahseden maddenin şümulü içine girmek iktiza eder.”

Gerekçede açıkça belirtildiği üzere aşağılamanın bir kül halinde silahlı kuvvetlerin tümünü hedef alması gerekir. Örneğin bir tümen ya da tabura yapılan aşağılama fiili bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Yukarıdaki gerekçe paralelinde YCGK 2008 yılında verdiği bir kararda; “ben böyle devletin, böyle emniyetin, böyle adaletin a...a koyarım” şeklindeki sözlerin devlete, emniyet ya da adliye teşkilatına değil, polis memurlarının görevini ifa ederken yaptığı hareketlerden duyulan rahatsızlığa binaen bu kişilere yönelik olarak söylendiğini ifade etmiştir. Bununla beraber olayı başka bir açıdan da değerlendiren Kurul' a göre; bu sözlerin aleni yerde açıklanmak suretiyle olayda devlet otoritesini hâkim kılmak isteyen polis memurlarına karşı diğer vatandaşların önünde küçük düşürücü ve incitici şekilde sarf edildiğini ifade etmiştir. Netice olarak, YCGK olayda devlete, adalet teşkilatına ya da emniyet teşkilatına yönelen aşağılamanın bulunmadığını ve 301. maddedeki suçun unsurlarının oluşmadığını belirtmiştir.

Buna karşın fiilin nitelendirilmesi yönünden karara katılmayan bir üye, olayda sanığın sarf ettiği ifadelerin düğünün erken sonlandırılmak istenmesinden kaynaklandığı, düğünlerin saat 23.00' dan sonra sonlandırılmasının idarenin tasarrufunda olduğunu ve sanığın tepkisinin bu tasarrufa yönelik olduğunu belirtmiştir. Sanığın ayrıca, yukarıda alıntılanan ifadeleri belli bir kişiyi hedef almadan kullandığı, söylenen sözlerin eleştiri maksadıyla yapılan düşünce açıklaması olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla doğrudan doğruya devletin, emniyetin ve adaletin sövme suretiyle aşağılandığını savunulmuştur.⁹⁵

Buna karşın Yargıtay' ın, bazı kararlarında yukarıdaki kararların aksi yönünde görüş bildirdiği de olmuştur:

“Oysa, mahkeme kararında ve C.Başsavcılığının itiraz yazısında belirtildiği üzere, sanık dava konusu hakaret sözlerini bütün subayları kapsayacak biçimde sarf etmiştir. Bu arada üstteğmeninden ayrıca söz etmesi kastının belirli subay ve subaylar yönelmiş olduğunu göstermez. Sanığın, dosyada yazılı çirkin sözleri en küçük rütbeli subaydan en üst dereceli komutana kadar bütün subay topluluğunu ve tümüyle Türk Ordusunu ve askeri kuvvetlerini küçük düşürücü niteliktedir. Askeri kuvvetlerin emir ve komuta mevkiinde bulunan her türlü sevk ve idare yetkisini taşıyan, bu yönden ordunun ana unsurunu teşkil eden subaylara genel bir ifade ile ve herhangi bir ayırım gözetilmeksizin yapılan bu saldırının askeri kuvvetlere yöneltildiğine şüphe yoktur.”⁹⁶

Aynı meseleye AİHM, Dilipak v. Türkiye Kararı' nda da Askerî Yargıtay' ın kararına atıf yaparak değinmiştir:

“Askeri Yargıtay, Askeri Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin 4. fıkra hükümleri ile Ceza Kanunu'nun 159. madde (eski) hükümlerinde aynı maddi ya da manevi unsurların yer aldığını; ancak, Askeri Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin 4. fıkrasıyla bireyler; Ceza Kanunu'nun 159. maddesiyle ise kurumun bizzat kendisi korunmaya çalışıldığından sağladıkları koruma bakımından farklılık gösterdiklerini belirtmiştir. Askeri Yargıtay, başvuranın sözleri yukarıda anılan iki suçta içerse dahi, ihtilaf konusu makalenin genel içeriğinde silahlı kuvvetlerin tamamından ziyade, ordu mensubu iki generalin tutumunun hedef alındığı kanaatine varmıştır. Onları itaatsizlikle

⁹⁵ Yargıtay CGK, 14.10.2008, 2008/ 4 - 170 E. - 2008/ 220 K.

⁹⁶ Yargıtay CGK, 19.02.1973, 2896 E. - 152 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 210- 211)

dolayısıyla disiplinden yoksun olmakla suçlamak, astların söz konusu komutanlara karşı güvenini kırabilir ve silahlı kuvvetler bünyesinde astlık-üstlük münasebetlerini zedeleyebilecektir.”⁹⁷

Yargıtay bir kararında ise; kahvehanede oturan kişinin caddeden geçen askeri birliğin flamasına “orak- çekiç” demek suretiyle askeri kuvvetlerin bütününün komünist bir kuvveti temsil ettiğini ima yoluyla ifade ettiğini ve dolayısıyla tahkir ve tezyifin gerçekleştiğini belirtmiştir.⁹⁸ Görüldüğü üzere olay bazında yapılan hakaretimiz söylemlerin ayrımı bir hayli zordur ve her olay kendi içinde özenle değerlendirildikten sonra bir karar verilmelidir. Bu hususta AİHM, *Grigoriades v. Yunanistan Kararı*’nda başvurucunun komutanına yolladığı mektupta geçen;

“Ordu, bir yıldırı havası yaratmak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak suretiyle, bir suç ve terör cihazı olarak kalmaya devam ediyor; insanları, gayri liberal ve baskıcı bir Yönetmelik (No.20 – 1) vasıtasıyla, siyasal kanaatlerin fişlenmesi ve diğerleri tarafından güdülen bir korku hiyerarşisi kurma suretiyle, insan doğasını yıkan ve insanların dostluk ve sevgi ilişkilerini bağımlılık ilişkisine dönüştüren baskı cihazının basit bir parçası haline dönüştürmeyi amaçlıyor.”

ifadelerinin “orduyu aşağılama” suçunu oluşturmayacağını şu şekilde gerekçelendirmiş ve AİHS’ in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir:

“Mektubun Yunan Ordusu ile ilgili bazı sert ve kızgın ifadeler içerdiği doğrudur. Ancak Mahkeme söz konusu ifadelerin, askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev şeklinde dile getirilmiş olduğunu kaydeder. (...)”⁹⁹

Kararın devamında Mahkeme, aleniyet unsurunun oluşmadığını, başka kişilere karşı aşağılamada bulunulmadığını belirtmiş ve “mektubun askeri disiplin üzerinde objektif etkisinin önemsiz olduğunu” kabul etmiştir. Görüleceği üzere AİHM ordunun

⁹⁷ AİHM Eski İkinci Bölüm, 15.09.2015, *Dilipak v. Türkiye Kararı* §12, Baş. No: 29680/ 05

⁹⁸ Yargıtay 1. CD, 13.04.1966, 1965/ 2405 E. - 1966/ 898 K. (Erişim: Akdağ, **op. cit.**, s. 247)

⁹⁹ AİHM Büyük Daire, 25.11.1997, *Grigoriades v. Yunanistan Kararı*, Baş. No: 24348/ 94, (Çev.: Doğru/ Nalbant, **Ibid.**, s.340- 346)

önemini belirtmekle beraber, bu kuruma yönelecek her ağır ve saldırgan ifadenin aşığılama kapsamında değeriendirilemeyeceğini vurgulamıştır.

1- Devletin Askerî Teşkilatı

a- Türk Silahlı Kuvvetleri

Öncelikle TSK ile ilgili olarak 1982 Anayasası'nda yer alan bölümlere değinmek gerekir. *“Savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme”* başlıklı 92. maddeye göre:

“Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş hali ilanına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisidir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir.”

Yine Anayasa' nın 104. maddesinde düzenlenen ve 21.01.2017 tarihinde 6771 s. k. ile değışikliğı uğrayan Cumhurbaşkanı' nın görev ve yetkileri belirlenirken;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil eder.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verir.”

denmiştir. Son olarak *“Başkomutanlık ve Genelkurmay Başkanlığı”* başlığı altında düzenlenmiş Anayasa madde 117' ye göre;

“Başkomutanlık, Türkiye Büyük Millet Meclisinin manevi varlığından ayrılamaz ve Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur.

Milli güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Cumhurbaşkanı sorumludur.

Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir.”

Anayasa’ daki düzenlemelere bakılacak olursa; Başkomutanlık yetkisi TBMM adına Cumhurbaşkanı’ ndadır. Bu yetki; kimi zaman Cumhurbaşkanlığı adına Genelkurmay Başkanınca yürütölür. Aslen Gözler’ in de belirttiğı gibi; Cumhurbaşkanı, Türk Silahlı Kuvvetleri’ ne savaş veya barış zamanında komutanlık yapamaz; 104. madde düzenlemesi Başkomutanlık ile Cumhurbaşkanlığı arasındaki manevi ilişkiyi vurgulamak için getirilmiştir.¹⁰⁰ Bununla beraber TBMM’ ye de silahlı kuvvetler ile alakalı birtakım yetkiler verilmiştir. Burada belirtilmesi gereken TSK’ nin Başkomutanı addedilen Cumhurbaşkanı’ nın ve onun namına savaş halinde bu görevi ifa eden Genelkurmay Başkanı’ nın “devletin askerî veya emniyet teşkilatı” kategorisine girmeyecek olmasıdır.

Maddenin önceki halinde yer alan “ordu ve donanma” ifadelerinden de anlaşılacağı üzere 301. maddede geçen “devletin askerî teşkilatı” nın kapsamına öncelikle Türk Silahlı Kuvvetleri girmektedir. Bu hususla alakalı olarak 04.01.1961 tarihinde kabul edilen 211 s. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’ nun 4902 s. k. ile 18.06.2003’ te değişikliğe uğrayan 1. maddesindeki “Tarifler” bölümüne bakıldığında;

“Türk Silâhlı Kuvvetleri: Kara (Jandarma dâhil), Deniz ve Hava Kuvvetleri subay, askerî memur, astsubay, erbaş ve erleri ile askerî öğrencilerden teşekköl eden ve seferde ihtiyatlarla ikmal edilen, kadro ve kuruluşlarla teşkilâtı gösterilen silâhlı Devlet kuvvetidir.”

dendiğı görülecektir. Dolayısıyla devletin askerî teşkilatı içine ilk olarak sokulması gerekenler; TSK bünyesinde yer alan Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri’ dir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; maddeye 18.06.2003 kabul tarihli 4902 s. k. ile Deniz Kuvvetleri’ nin yanına “(Sahil Güvenlik dahil)” ibaresi eklenmiştir. Daha sonra;

¹⁰⁰ Kemal Gözler, **Türkiye’ nin Yönetim Yapısı (T.C. İdarî Teşkilâtı)**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2018, s. 135

01.02.2018 kabul tarihli ve 7073 s. *“Olağanüstü Hal Kapsamında Milli Savunma İle İlgili Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun”* ile bu maddede yakın zamanda değişikliğe gidilmiş ve madde aşağıdaki şekilde son halini almıştır:

“Türk Silâhlı Kuvvetleri: Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri subay, askerî memur, astsubay, erbaş ve erleri ile askerî öğrencilerden teşekkül eden ve seferde ihtiyatlarla ikmal edilen, kadro ve kuruluşlarla teşkilâtı gösterilen silâhlı Devlet kuvvetidir.”

b- Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı

Yukarıdaki değişiklik ile maddeden Jandarma ile Sahil Güvenlik ibareleri çıkartılmıştır. Dolayısıyla TSK’ nin tanımı içine Sahil Güvenlik ve Jandarma Genel Komutanlığı girmeyecektir. Jandarmanın hangi kapsamda değerlendirileceğini anlayabilmek için 2803 s. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’ nun 3. maddesine bakmak gerekir:

“Türkiye Cumhuriyeti Jandarması, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin verdiği görevleri yerine getiren silahlı genel kolluk kuvvetidir.”

Bu maddenin eski hali ise;

“Türkiye Cumhuriyeti Jandarması emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvvetidir.”

şeklinde idi. Görüldüğü üzere her ne kadar Jandarma’ nın askerî bir güvenlik kuvveti olduğu madde metninden çıkartılsa da halen bir silahlı kuvvet olduğu aşîkârdır. 301. maddenin eski halinde “Devletin silahlı kuvvetleri” dendiği için Jandarma’ nın, 301. madde öncesi her halükarda bu madde kapsamına girdiği söylenebilecekse de bu teşkilat 301. madde ile getirilen “Devletin askerî ve emniyet teşkilatı” başlığı altına girecek midir? Bu soruyu cevaplayabilmek için yine 2803 s. k.’ a bakmak gerekir. Bu Kanun’ un 9. maddesinde Jandarma’ nın genel olarak görevleri sayılmaktadır. Bu madde kendi içinde “mülkî, adlî ve askerî görevler” olmak üzere üçe ayrılmıştır. Mülkî görevler içinde emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak,

askerî görevler içinde ise kanunlarla ve Cumhurbaşkanı kararnameleriyle verilen askerî hizmetleri yerine getirmek sayılmıştır. Dolayısıyla denilebilir ki; Jandarma hem emniyet ve asayiş sağlamak hem de askerî bazı görevleri yerine getirmekle mükelleftir. Dolayısıyla Jandarma 301. maddedeki “askerî teşkilat ve emniyet teşkilatı” kavramının karma bir yapısı olarak düşünülebileceği için; bu madde kapsamında değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte Jandarma Genel Komutanlığı 25.07.2016 tarihinde 668/ 6 sayılı KHK ile İçişleri Bakanlığı’ na bağlanmıştır. “Bağlılık” başlıklı 4. maddenin önceki halinde; Türk Silahlı Kuvvetleri’ nin bir parçası sayılan Jandarma Genel Komutanlığı, silahlı kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığı’ na, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığı’ na bağlıydı. Maddede yapılan yakın tarihli bu değişiklik ile birlikte artık TSK’ ye bağlı olmaktan çıkartılan Jandarma, İçişleri Bakanlığı’ na bağlanmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki; Jandarma, polis gibi T. C. İdari Teşkilatı içerisinde “genel idari kolluk personeli” sayılmaktadır.¹⁰¹ Ayrıca 3201 s. Emniyet Teşkilat Kanunu’ nun 3. maddesine bakılacak olursa; zabıta teşkilatının “umumi ve hususi” olmak üzere ikiye ayrıldığı ve umumi zabitanın silahlı kuvvet olan polis ve jandarma olarak sayıldığı görülebilir. Sonuç olarak her ne kadar yakın zamanda Jandarma mevzuatı ve bağlı olduğu kurum değişse de Jandarma’ nın mevzuatta bir emniyet kuvveti olarak düzenlendiği ve 301. maddedeki “Devletin askerî veya emniyet teşkilatı” kapsamına girdiği kabul edilmelidir.

Sahil Güvenlik ile alakalı olarak da yine son dönemde Jandarma gibi önemli değişiklikler yapılmıştır. 09.07.1982 tarihli 2692 s. Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu’ nun ilk halinin 2. maddesinde “*Bu Komutanlık, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşu içerisinde olup, barışta görev ve hizmet yönünden İçişleri Bakanlığına bağlıdır.*” demek suretiyle Sahil Güvenlik, yapılanma olarak TSK’ nin içerisindeydi. Daha sonra 08.11.2016 tarih ve 6755 s. “*Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler İle Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun*” un 23. maddesi ile bu maddede değişikliğe gidilmiş ve;

¹⁰¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, Kasım 2017, s. 301

“Bu Kanunda belirtilen görev ve hizmetleri yapmak üzere silahlı bir genel kolluk kuvveti olan Sahil Güvenlik Komutanlığı kurulmuştur.

Bu Komutanlık İçişleri Bakanlığına bağlıdır.”

denilerek madde son halini almıştır. Görülüyor ki, Sahil Güvenlik için de Jandarma gibi yeni bir yapılanmaya gidilmiştir. Bu Komutanlık eskiden “silahlı bir güvenlik kuvveti” olarak sayılırken, günümüzde “silahlı bir genel kolluk kuvveti” olarak addedilmiştir. Belirtilmelidir ki; Sahil Güvenlik de Jandarma gibi silahlı kuvvetlerden sayıldığı için 301. maddenin eski haline rahatça sokulabiliyordu. Ancak bu noktada, kolluk başlığı altında düzenlenen Sahil Güvenlik Komutanlığı’ nın Devlet’ in askerî veya emniyet teşkilatı çatısı altına girip girmediği tartışılmalıdır. 2692 s. k.’ da yapılan değişikliklere göz atılacak olursa Komutanlığın askerî kimliğinin kolluk kuvveti olarak değiştirilmek istendiği görülebilir. Örneğin bu Kanun’ un 3. maddesinde düzenlenen “Görev Alanları ve Yerleşme Yerleri” nin 2. fıkrasındaki “Komutanlığa bağlı askeri personel, gemi, uçak, helikopter ve araçlar özel işaretler taşırlar.” şeklindeki görevi, 09.11.2016 tarihli ve 6757 s. k.’ un 26. maddesi ile “Komutanlığa bağlı kolluk personeli, gemi, uçak, helikopter ve araçlar özel işaretler taşırlar.” olarak değiştirilmiştir.

Sahil Güvenlik Komutanlığı’ nın askerî hüviyeti muhafaza ve emniyet alanına kaydırılmıştır. 2692 s. k.’ un “Görevler” başlıklı 4. maddesinin “G” bendinde;

“Karasularımıza giren mültecileri silah, mühimmat vesair harp vasıtalarından arıtmak ve bu mülteciler ile onların nezdindeki silah, mühimmat vesair harp vasıtalarını ilgililere teslim etmek”

gibi birçok görevi olması Sahil Güvenlik’ in emniyet teşkilatı içinde yer aldığını göstermektedir. Bununla birlikte Sahil Güvenlik’ in bazı durumlarda askerî görevler de icra edebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Keza 2692 s. k.’ un 02.07.2018 tarihinde 703 no’ lu KHK’ nin 129. maddesi ile değiştirilen “Disiplin ve Soruşturma Usulleri” başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasının “e” bendine göre;

“Sahil Güvenlik personeline askeri görev verildiği takdirde bu görevlerden doğan suçların muhakemesi, Sahil Güvenlik personelinin emrine verildiği askeri birlik personelinin muhakeme etmekle görevli ve yetkili olan mahkemede görülür.”

Bu değişiklikten; Sahil Güvenlik' e askerî görevler de verilebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Sahil Güvenlik Komutanlığı her ne kadar kolluk içinde yer alsa da halen askerî fonksiyonları olan bir kurum sayılacağı ve her halükarda ülkenin emniyeti ile alakalı görev ve yetkileri haiz olduğu için; 301. maddede geçen “Devletin askerî veya emniyet teşkilatı” kapsamına sokulmalıdır.

2- Devletin Emniyet Teşkilatı

Öncelikle belirtmek gerekir ki; silahlı kuvvetlerin bir bölümüne yapılan aşığılamanın tümü için yapılmış kabul edilemeyeceği hususu devletin emniyet teşkilatı için de geçerlidir. Bu konuda Yargıtay 1969 yılına ait bir kararında;

“İddia ve mahkemenin kabulüne göre, hadise çoğaltılıp dağıtılan bir bildiri ile toplum polisini alenen tahkir ve tezyifden ibarettir.

Devletin emniyet kuvvetleri, görevlerine ve mahiyetine göre, siyasi, adli, idari ve toplum polisi gibi bölümlere ayrılmış bulunmaktadır. Bu bölümlerden birinin, bütünü meydana getirmeyeceği ve onun temsil edemeyeceği açıktır.

Buna göre bahse konu emniyet kuvvetlerinin bölümlerinden birine karşı işlenecek fiilin bütününe işlenmiş olduğu kabul edilemez. (...)¹⁰²

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 1936 yılında Adliye Encümenince yapılan değişiklikte belirtilen neden;

“Meri ceza kanununda ve Hükûmetin teklifindeki (ordu veya donanmasını) kelimeleri, maksadı kâfi derecede izah edici mahiyette görülmeyerek bunun yerine (Devletin silâhlı kuvvetlerini) kelimeleri konulmuş ve bu suretle ordu ve donanma haricinde kalan ve memleket müdafaası vazifesini haiz kuvvetler de kelimenin şümulü içine alınmıştır.”

şeklindedir. Adliye Encümeni bu değişikliği yaparken memleketi savunma görevi olan kuvvetleri de madde kapsamına almak istemiştir. Devletin emniyet teşkilatı ile alakalı olarak yapılan en büyük değişiklik ise 1938 yılındadır. Bu değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır:

¹⁰² Yargıtay 1. CD, 25.06.1969, 1663 E. - 1981 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 212)

“Şehir ve kasabaların asayişini temin vazifesile mükellef olan polis kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlerin de Devletin silâhlı kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenler gibi muameleye tâbi tutulması lüzumlu görülerek gerek bunun temini, gerek tatbikatta gümrük ve orman muhafaza kuvvetleriyle jandarmanın Devletin silâhlı kuvvetleri tabirine girib girmeyecekleri hususunda her hangi bir tereddüde meydan verilmemek için maddedeki Devletin silâhlı kuvvetleri tabiri kaldırılmış ve yerine Devletin askerî veya emniyet veya muhafaza kuvvetleri tâbiri konulmuştur.”

Eski 159. maddede yapılan bu değişiklik ile gümrük ve orman koruma kuvvetlerini de maddenin korumasından yararlandırmak için silahlı kuvvet deyiimi yerini; *“askerî veya emniyet veya muhafaza kuvvetleri”* gibi gayet kapsayıcı bir tabire bırakmıştır. Son olarak bu kavram da 5237 s. k. ile yerini *“devletin askerî veya emniyet kuvvetleri”* ne bırakmıştır.

Yapılan bu değişiklikler göz önüne alındığında devletin emniyet teşkilatını oluşturan birden çok ögenin açıklanması gerekir. Madde ile açıkça koruma altına alınan gümrük ve orman muhafaza kuvvetlerinin yanında irdelenmesi gereken kurumlar polis teşkilatı, korucular, çarşı ve mahalle bekçileri, zabıta ve özel güvenlik görevlileridir.

a- Gümrük ve Orman Muhafaza Kuvvetleri

Gümrük ve orman muhafaza kuvvetleri, tarım kolluğu ya da kara avcılığı kolluğu gibi özel idari kolluk makamlarındandır.¹⁰³ Önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere maddede yapılan değişiklik ile gümrük ve orman muhafaza kuvvetlerinin de eski 159. madde kapsamına gireceği belirtilmiştir. 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’ nun *“Silah kullanma yetkisi”* başlıklı 22. maddesinin ilk fıkrasına göre; gümrük bölgesine girmek, çıkmak ya da geçmek isteyen ve *“dur”* uyarısında bulunulan kişinin bu uyarıya uymaması durumunda havaya ateş edilerek uyarı yinelenir. Kişinin silahla karşılık vermesi veya diğer meşru müdafaa durumlarında yetkili memurlarca saldırıyı etkisiz hale getirecek oranda kişiye doğrudan ateş edilebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; kaçakçılığı önleme, araştırma ve izlemekle görevli olanların gümrük bölgesindeki deniz araçlarına

¹⁰³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: II, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2009, s. 529- 530

yanasmak suretiyle yük ve belge incelemesinden kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden deniz araçlarına durması ihtar olunacağı, bu ihtara uymayanlara uyarı mahiyetinde ateş edileceği, uyarıya uymayan ve kaçmaya devam eden araçların durmasını zorlayacak şekilde üzerine ateş edileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere gümrük muhafaza memurlarına ülkenin emniyet ve güvenliğini sağlama ve gerektiği hallerde silah kullanma yetkisi verilmiştir. Bununla beraber gümrük muhafaza kuvvetleri adli kolluk içerisinde sayılmıştır. Örneğin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu madde 9’ da yer alan “*Arama ve Elkoyma*” başlığı altında;

“Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya saklandığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal el konulur.”

Ayrıca; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’ nin “*Tanımlar*” başlıklı 4. maddesinde geçen “Adli kolluk” tanımına göre;

“4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9, 10 ve 12’ nci maddeleri, 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanununun 7’ nci maddesi, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8’ inci maddesi ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4. maddesinde belirtilen soruşturma işlemini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.”

Son olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ nin “*Tanımlar*” başlıklı 4. maddesine göre kolluk; “*Jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini ifade eder.*” Yukarıda belirttiğimiz mevzuat ışığında gümrük personelinin kolluk kuvvetleri içinde yer aldığı, silah kullanma yetkisi olduğu ve genel olarak ülkenin emniyet teşkilatının içinde yer aldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla TCK’ nin 301. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına gümrük görevlileri de girmektedir.

Orman muhafaza kuvvetleri ise; günümüzde orman memuru olarak addedilen kişilerdir. 6831 s. Orman Kanunu’ nun “*Orman memurlarının silah taşıma ve kullanma hak ve yetkileri*” başlıklı 77. maddesinde;

“Orman memurları, bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesinin önlenmesi veya işlenen suçlarla ilgili olarak başlatılan soruşturmadaki görevleri kapsamında kolluk görevlisi sıfatını taşırlar.

Orman teşkilatında her sınıf, derece ve vazifede çalışan memurlardan, Çevre ve Orman Bakanlığınca ve Orman Genel Müdürlüğünce lüzum görülecek olanlar, Cumhurbaşkanınca seçilecek silahla teçhiz olunurlar.”

denmektedir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere orman memurları, kendilerine silah taşıma yetkisi verildiği ve kolluk görevlisi sıfatını haiz oldukları için TCK’ nin 301. maddesindeki emniyet teşkilatı kapsamına girmektedirler.

b- Polis Teşkilatı

3201 s. Emniyet Teşkilat Kanunu’ nun 3. maddesine bakıldığında; zabıta teşkilatının “umumi ve hususi” olmak üzere ikiye ayrıldığı görülür. Bu ayrıma göre umumi zabıta, silahlı kuvvet olan polis ve jandarma iken; hususi zabıta umumi zabıta dışında kalan ve özel kanunlara göre teşekkül edip muayyen vazifeleri gören zabıta kuvvetleridir. Aynı kanunun “Emniyet Teşkilatı Bölümleri” başlıklı 8. maddesinde ise; polis; idari, siyasi ve adli olmak üzere üçe ayrılmış, 9. maddesinde ise bu kavramlar açıklanmıştır. Buna göre; “*idari polis, içtimai ve umumi intizamını temin etmekle mükellef olan kısım*”, “*siyasi polis, Devletin umumi emniyetine taallük eden işlerle mükellef olan kısım*” ve “*adli polis, asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Umum Müdürlüğünce kadrodan ayrılan bir kısımdır.*” 2559 s. Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’ nun 1. maddesine göre ise;

“Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder.” Bu Kanun’ un 2. maddesinde de polisin genel emniyet görevleri sayılmıştır. Ezcümle, polisin emniyet teşkilatının önemli bir ögesini oluşturduğu konusunda şüphe yoktur. Dolayısıyla 301. maddede ifade edilen “emniyet teşkilatı” kapsamına polis de girecektir.

c- Korucular

Korucular mahalli idare kolluğu başlığı altında yer alan köy kolluğunun personeli olan kişilerdir. Koruculuk mevzuatta farklı kanun ve yönetmeliklerde düzenlenmiş bir müessesedir. Bunlardan ilki 442 s. Köy Kanunu' nun 68. maddesidir:

“Köy sınırı içinde herkesin ırzını, canını ve malını korumak için köy korucuları bulundurulur.”

Kanun' un 72. maddesinde ise, korucuların muhtarın emri altında olduğu ve 73. maddede silahlı oldukları belirtilmiştir. Ayrıca koruculara karşı gelenlerin jandarmaya karşı gelmiş gibi ceza görecekları de düzenlenmiştir. Son olarak; 01.07.2000 tarihli ve 24096 no' lu Resmi Gazete' de yayımlanan Köy Korucuları Yönetmeliği' nin 9. maddesinde korucuların görev ve yetkileri sayılmıştır. Bunlardan bazıları; suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri kaybolmadan sanıkları yakalamak ve adli kolluk işleri ile ilgili olaylarda, delillerin kaybolmamasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Bununla beraber Köy Kanunu' nun 74. maddesinin 6. fıkrasında; güvenlik güçleriyle birlikte operasyonlara katılan güvenlik korucuları ile alakalı bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu fıkradan korucuların kimi zaman askerî operasyonlara da katıldığı ve bazı askerî görevleri olduğu yorumu yapılabilir.

Son olarak belirtmelidir ki; geçici köy korucuları ve gönüllü güvenlik korucularının her ikisi de korucu kapsamına girmektedir. Neticeten korucuların kolluk kapsamında sayıldığı ve görev ve yetkileri bakımından emniyet teşkilatı içerisinde yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte belirtmelidir ki; 6360 s. k. ile köy tüzel kişiliği kaldırılmıştır. Kanun' un Geçici 1. maddesinin 23. fıkrasına göre;

“Bu Kanundaki, il özel idaresi, belediye ve köy tüzel kişiliklerinin kaldırılmasına, il belediyesinin büyükşehir belediyesine dönüştürülmesine, büyükşehir belediye sınırının ilin mülki sınırlarına genişletilmesine, mülki sınır değişikliği yapılmasına ve ilçe belediyesi kurulmasına dair hükümler ilk mahalli idareler genel seçimlerinde uygulanır ve seçimler bu yerlerin yeni durumlarına göre yapılır. İlçe kurulmasına ilişkin hükümler bu Kanunun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer.”

Bu Kanun’ dan sonraki ilk mahallî seçimler de 30.03.2014 tarihinde gerçekleştirildiği için; bu tarihten sonra köyün tüzel kişiliği kalmamıştır. 6360 s. k.’ un 3. maddesinin 5. fıkrasına göre ise;

“Bu Kanun ile tüzel kişiliği kaldırılan köylerde görev yapan geçici ve gönüllü köy korucuları hâlen görev yaptıkları yerlerde görev yapmaya devam ederler. Bunlar 18/3/1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanunu ve diğer mevzuatta kendileri için öngörülen haklardan aynı şekilde yararlanmaya devam ederler. Bu yerler için ihtiyaç olması hâlinde aynı usulle yeni görevlendirmeler yapılabilir.”

Dolayısıyla Kanun ile her ne kadar korucuların görev yaptıkları yerde görevlerini icra etmeye devam edecekleri açıkça belirtilse de; güncel durumda korucular için mevzuatta bir boşluk mevcuttur. Bu boşluk yeni bir düzenleme ile doldurulana kadar korucuların köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılmasından önceki kanuni düzenlemelere tabi olması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla güncel durumda da korucuların 301. maddede belirtilen emniyet teşkilatı içerisinde yer alması gerekmektedir.

d- Çarşı ve Mahalle Bekçileri

Gözler’ e göre çarşı ve mahalle bekçileri genel idari kolluk içinde yer alan ve polis teşkilatına yardımcı olmak üzere kurulmuş bir müessesedir.¹⁰⁴ Bu iki kurum 772 s. *“Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu”* ile düzenlenmiş olup belediye sınırları içerisinde görev yaparlar. Çarşı ve mahalle bekçileri teşkilatı bu kanuna göre kurulmuştur ve genel zabıtaya yardımcı silahlı bir kuruluş olduğu 1. ve 2. maddelerde belirtilmiştir. 3. maddede sayılan görev ve yetkileri arasında; *“Bir kimsenin can, mal ve ırzına saldırma ve tehditleri önlemek, saldıranları yakalamak”* ve *“Suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri meydanda iken sanıkları yakalamak”* gibi görevler vardır. Bununla beraber aynı Kanun’ un 42. maddesinde; *“Görevini ifa sırasında bekçilere karşı suç işleyenler, genel zabıta mensuplarına karşı suç işleyenler gibi ceza görürler.”* denmektedir.

Düzenleniş bakımından çarşı ve mahalle bekçilerinin de kolluk görevleri olduğu ve emniyeti sağlamak için oluşturulduğu, bununla beraber bir teşkilat olarak

¹⁰⁴ **Ibid.**, s. 517- 518

yapılandırılması bakımından 301. maddedeki “emniyet teşkilatı” ile benzer nitelikte olduğu ve polise yardımcı olan bir kurum olduğu için 301. madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

e- Belediye Zabıtası

Mahallî idare kolluk makamları arasında yer alan belediye zabıtası, 5393 s. Belediye Kanunu’ nun 48. maddesinde de belirtildiği üzere belediye teşkilatı içerisinde yer alır ve görev ve yetkileri bu Kanun’ un 51. maddesinde belirtilir. Zabitanın belde de esenlik, huzur, sağlık ve düzenin sağlanmasıyla görevli olduğu vurgulandıktan sonra aynı maddede görevini yaparken zabıtaya karşı gelenlerin kolluk kuvvetlerine karşı gelenler gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Zabıta ile ilgili yapılmış olan bir başka kanuni düzenleme ise 11.04.2007 tarih ve 26490 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren Belediye Zabıta Yönetmeliği’ dir. Bu Yönetmelik’ te belediye zabıtalарının görevleri detaylı şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda polis bahsinde belirttiğimiz üzere zabıta; hususi ve umumi olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Belediye zabıtası da hususi zabıta kategorisine girmektedir. Dolayısıyla 3201 s. k. ile emniyet teşkilatı içinde sayılan belediye zabıtlarının da “devletin emniyet teşkilatı” kapsamına sokulmalıdır.

f- Özel Güvenlik Görevlileri

Özel güvenlik görevlileri 10.06.2004 tarihli ve 5188 s. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile düzenlenmiştir. Bu Kanun’ un 7. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin görev ve yetkileri sayılmıştır. Bunlardan bazıları; “*Toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme*”, “*Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme*” ve “*Kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama*” dır.

Bununla beraber Kanun' un 8. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin hangi hallerde silah bulundurabileceği ve taşıyabileceği düzenlenmiştir. Bir başka önemli düzenleme de 23. madde ile getirilmiştir: Bu maddeye göre özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Ayrıca özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır. Maddenin önceki halinde kamu görevlisi tabiri yerine memur ibaresi mevcutken, madde 2008 değişikliği ile günümüzdeki halini almış ve işbu madde ile özel güvenlik görevlilerinin ceza hukuku kapsamında polis veya jandarma gibi kamu görevlisi sayılacağını hükme bağlamıştır.

Özel güvenliğin hangi kolluk türüne gireceği ise tartışılmalıdır. Gözler' e göre; genel idari kolluk sayılması gereken bu müessese, genel kolluğun yardımcısı ve tamamlayıcısıdır. Esasen özel güvenlik, kolluk kamu hizmetinin kanunla özel kişilere devredilmesinden kaynaklanmaktadır ve özel güvenlik görevlileri birer kolluk personeli sayılırlar.¹⁰⁵

Netice olarak; kolluk kapsamında değerlendirilebilecek Özel Güvenlik, 3201 s. Emniyet Teşkilat Kanunu kapsamında hususi zabıta kategorisine girmekte ve bu vesileyle 301. maddedeki “devletin emniyet teşkilatı” çatısı altında yer almaktadır.

¹⁰⁵ **Ibid.**, s. 533- 537

III- FAİL

301. maddede fail konusunda bir ayırım yapılmadığı için bu suçun faili herkes olabilir. Ancak bu başlık incelenirken bazı özellikli siyasi kişilerin sorumluluğu tartışılmalıdır. Bunlar Cumhurbaşkanı ve yasama sorumsuzluğu olanlardır.

A- Cumhurbaşkanı

Bilindiği üzere Cumhurbaşkanı' nın görev ve yetkileri Anayasa' nın 104. maddesinde düzenlenmiştir. 105. maddede ise cezai sorumluluk düzenlenmiş olup bu madde 2017 Anayasa değişikliği ile değiştirilmiştir. Maddenin kenar başlığı da bu değişiklik ile “Sorumluluk ve sorumsuzluk hali” iken “Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu” olmuştur. Maddenin eski hali;

“Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.”

idi. Maddenin eski halinde Cumhurbaşkanı sadece vatana ihanetten dolayı yargılanabiliyordu. Bunun yanında, vatana ihanet suçunun içeriği muğlaktı. 2017 Anayasa değişikliği ile bu madde büyük bir değişime uğramıştır. Zira Cumhurbaşkanı hakkında artık sadece vatana ihanet değil, herhangi bir suç işlediği iddiasıyla TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğunun vereceği önerge ile soruşturma açılması istenebilecektir. Bu önerge en geç bir ay içerisinde görüşülecek ve üye tam sayısının beşte üçünün oyuyla Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılması kararı alınabilecektir. Bu durumda, on beş kişilik bir komisyon oluşturulmak suretiyle yapılacak soruşturma raporu iki ay içerisinde TBMM Başkanlığı' na sunulacaktır. Genel Kurul' da görüşülen bu rapor ile Meclis üye tam sayısının üçte ikisinin oyuyla Cumhurbaşkanı' nın Yüce Divan' a sevk edilmesi kararı alınabilecek ve Cumhurbaşkanı' nın seçilmeye engel teşkil eden bir suçtan mahkûm edilmesi halinde görevi sona erecektir. Son olarak belirtilmelidir ki; Cumhurbaşkanı' nın görev süresi

içerisinde işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da yukarıda bahsedilen prosedür uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere yeni sistemde Cumhurbaşkanı için “kişisel suçlar- görev suçları” ayrımı kaldırılmış ve tüm suçlar için tek bir düzenleme getirilmiştir. Bu değişiklik ile alakalı Türkiye Barolar Birliği ise; yukarıda belirttiğimiz gibi kişisel suç ile görev suçları ayrımının kaldırıldığından bahsetmiş ve Cumhurbaşkanı’ nın göreviyle alakalı olmayan suç isnatlarına (ölüm veya yaralama neticesi oluşan trafik kazalarına sebep olmak gibi) karşı bile vatana ihanet suçunda olduğu gibi eşdeğer seviyede usul engeli ile karşılaşılacağını belirtmiştir.¹⁰⁶

Dolayısıyla 2017 değişikliği ile birlikte artık Cumhurbaşkanı’ nın da cezai sorumluluğu doğabileceği ve yeterli çoğunluğun sağlanması kaydıyla aleyhine soruşturma açılıp Yüce Divan’ da yargılanabileceği için; Cumhurbaşkanı da 301. maddenin faili olabilecektir.

B- Yasama Sorumsuzluğu Olanlar

1- Milletvekilleri

Milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı yanında mutlak olarak tanınan yasama sorumsuzluğu da mevcuttur. Bu mutlak sorumsuzluk hali Anayasa’ nın 83. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.”

Milletvekillerinin oy, düşünce ve sözlerinin yanında bunları ifade etmek için kullandıkları beden dili de bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁰⁷ Yasama sorumsuzluğundan yararlanılabilmesi için oy ve sözlerin Meclis çalışmaları esnasında ifade edilmesi gerekir. Meclis çalışmaları kavramının içerisine sadece Meclis Genel

¹⁰⁶ Türkiye Barolar Birliği, **Anayasa Değişikliği Teklifi’ nin Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Metni**, Erişim: www.anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr

¹⁰⁷ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 208

Kurulu’ nda yapılan paylaşımlar değil, komisyon toplantıları ve siyasal parti grup toplantılarındakiler de girer. Bununla beraber bazı yazarlara göre bu kapsam daha da esnek şekilde yorumlanmalı ve milletvekillerine tahsis edilen odalarda, meclis koridorlarında ve kuliste yapılan açıklamalar da bu çerçevede değerlendirilmelidir.¹⁰⁸

Neticeten milletvekillerinin Meclis çalışmaları sırasında yaptıkları açıklamalar 301. maddedeki suça vücut verse dahi yasama sorumsuzluğu devreye girmeli ve milletvekilleri bu suçtan dolayı sorumlu tutulmamalıdır.

2- Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar

Anayasa’ da yapılan 2017 değişikliğinden sonra oluşturulan makamlardan olan Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar’ ın da yasama sorumsuzluğundan yararlanacağı Anayasa’ nın yeni 106. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeyle bu kişiler için “görevle alakalı olan ve olmayan suçlardan dolayı sorumluluk” olmak üzere ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu kişilerin görevleri ile ilgili suç işlemleri halinde 106. maddenin 5., 6. ve 7. fıkraları uygulama alanı bulacaktır. Bu fıkralara göre; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Bakanlar’ ın, görevleri ile alakalı suç işledikleri iddia edilmesi halinde yukarıda açıkladığımız Cumhurbaşkanı’ nın işlediği suçlarla ilgili yürütülen prosedür işleyecektir. Aynı şekilde bu kişilerin görevleri bittikten sonra da görevleri ile alakalı işlediği iddia edilen suçlar nedeniyle aynı süreç işletilecektir.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Bakanlar’ ın görevleriyle ilgili olmayan suçlardan doğan cezai sorumlulukları ise;

“Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, göreviyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanırlar.”

şeklinde düzenlenerek Milletvekilleri’ ne tanınan yasama dokunulmazlığından yararlanacakları öngörülmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken farklılık; yukarıda açıkladığımız üç ayrı yeter ve karar sayısı ile yürütülen soruşturma mekanizmasının Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Bakanlar için görevleri ile alakalı suçlar kapsamında

¹⁰⁸ Ibid.

öngörülmesine karşın, Cumhurbaşkanı' nın görevi ile ilgili olsun olmasın işlediği iddia edilen her suç için geçerli olacaktır.



IV- MAĞDUR

Kimi yazarlara göre her suçun ilk ve zorunlu mağduru Devlet' tir.¹⁰⁹ 301. maddedeki suçun mağdurunun devlet olduğu konusunda Dönmezer/ Erman ekolünü takip eden Demirbaş' a göre, her ne kadar tüzel kişiler suçların mağduru olabilirlerse de Hükûmet örneğinde olduğu gibi, 301. maddedeki kurumların ayrı birer tüzel kişiliği olmadığı için, tüzel kişi olan devlet bu suçun mağduru olacaktır.¹¹⁰ Diğer yazarlar da bu minvalde değerlendirmelerde bulunmaktadırlar. Örneğin Hafizoğulları/ Özen' e göre; *“suçun mağduru, ulusal ve uluslararası hukukta bir kamu tüzel kişisi olarak Devletin kendisi, yani Devletin aşağılanan kurumudur.”*¹¹¹

Bahsi geçen görüş esasında maddenin kanundaki düzenlenme şekliyle de örtüşmektedir. Zira maddenin altında yer aldığı başlık *“Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar”* dır. Bunun da bir üst başlığı ise; *“Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler”* dir. 301. maddedeki kurumlara göz atılacak olursa; yasama, yürütme ve yargı organlarının yanında aynı zamanda askerî ve emniyet teşkilatının yer aldığı görülecektir. Gerçekten de bunların hepsi Devlet çatısı altında yer alan ve ayrı birer tüzel kişiliği olmayan kurumlardır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır: Maddede korunmak istenen Türk Milleti, Devlet çatısı altında yer almayan bir müessesedir. Dolayısıyla Türk Milleti aşağılandığı zaman mağdurun kim olacağı tartışmalıdır. Bu durumda mağdur devlet sayılabileceği gibi Türk Milleti kavramını oluşturan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları da olabilir.

Bazı yazarlar suçun mağdurunun devlet değil, toplumu oluşturan tüm bireyler olduğunu savunmaktadır. Bu yazarlardan Artuk/ Gökçen/ Yenidünya' ya göre;

¹⁰⁹ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Eylül 2018, s. 562

¹¹⁰ **Ibid.**, s. 563

¹¹¹ Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar**, 1. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, Kasım 2016, s. 305

“Bir suçun dar anlamda mağduru, ancak gerçek kişiler olabilir. Bununla beraber bütün suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur konumundadır. İnceleme konusu suç, her ne kadar devletin güvenliğine karşı suçlar arasında düzenlenmişse de, burada suçun mağduru, devlet değil toplumu oluşturan tüm bireylerdir.”¹¹²

Sonuç olarak ileriki bölümlerde madde kapsamında korunan kurum ve değerler incelenirken görülecektir ki; suçun mağduru içtihatla hiçbir zaman kişiler ya da toplum olarak addedilmemiş, bunun yerine Devlet’ in mağdur olduğu hususu vurgulanmıştır. Bu maddeyle korunmak istenen esasen soyut kavramlar olan Devletin saygınlığı, prestiji, itibarıdır. Dolayısıyla suçun mağdurunun Devlet’ i oluşturan bireylerin değil de Devlet’ in kendisi olması bu durumun doğal sonucudur. Türk Milletinin aşağılanması halinde dahi, mağdur Türk Milletinin oluşturduğu Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve onun itibarı sayılmalıdır.

¹¹² Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 5. Cilt, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Temmuz 2014, s. 8057

V- SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu; “suçla ihlal olunan hak ve menfaat”¹¹³, “bir ceza normu ile korunan, diğer bir ifade ile, suçla ihlal olunan hak ve menfaat”¹¹⁴ ya da “yasa ile korunan hak ve çıkar”¹¹⁵ dır. Dönmezer/ Erman bu kurumu aynı zamanda “belirli bir suçun yaratılmasındaki maksat” olarak tanımlamakta ve suçun özel ve genel konusu olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Suçun genel konusu; sosyal hayatı ihlal edenleri bazı haklardan mahrum bırakmak suretiyle sosyal düzeni sağlamak (kamu yararı), suçun özel konusu ise; suçun yaratılmasındaki özel amaçtır. Yazarlara göre; “Suçun genel konusu, suç olanla suç olmayanı ayırmağa, suçun özel konusu ise, belirli suçları gruplandırmağa, bir gruba giren suçları diğer zümrelerden ayırt etmeye yarar.”¹¹⁶ Toroslu’ ya göre ise; hukuki konu, suçların sınıflandırılması için bir ölçüt olup “suçun pasif süjesine ait olan, suç türüne göre değişen ve suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.”¹¹⁷

301. maddedeki suçun hukuki konusu tüm bu tanımlamalar ışığında belirlenmelidir. Demirbaş, 301. maddedeki suçun konusunun maddede sayılan kurumlar olduğunu belirtmektedir.¹¹⁸ Hafizoğulları/ Özen’ e göre ise; suçun hukuki konusu “Devletin egemenliğinin veya erklerinin ifadesi olan kurumların, saygınlığının korunmasına ilişkin kamusal yarardır.”¹¹⁹

Kanımızca 301. maddedeki suçun hukuki konusu maddede sayılan kurumlar ve genel olarak Devlet’ tir –ki bunlara korunan kurumlar bölümünde değinilmiştir-. Bunun sebebi suç tarafından ihlal edilen hukuki varlığın, bu maddede kendini “Devlet

¹¹³ Sulhi Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, Aralık 2003, s. 93

¹¹⁴ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt:I, 13. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Kasım 1997, s. 333

¹¹⁵ Nur Centel/ Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Eylül 2017, s. 232

¹¹⁶ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 335

¹¹⁷ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 9. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s. 17

¹¹⁸ Demirbaş, **op. cit.**, s. 563

¹¹⁹ Hafizoğulları/ Özen, **op. cit.**, s. 305

ve ona bağı yasama- yürütme- yargı organları veya teşkilatlar” olarak göstermesidir. Ancak madde ile korunmak istenen hukuki menfaatin kurumlara ve Devlet’ e duyulan saygınlık olduğı da unutulmamalıdır.



VI- SUÇ GENEL TEORİSİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

Bilindiği üzere ceza hukuku kapsamında bir suç analiz edilirken öncelikle suç genel teorisi kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Suç analizi yöntemlerinde doktrinde birçok farklı ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu yazıda; İçel ekolünün takip ettiği “*tipe uygun eylem (maddi unsur), hukuka aykırılık ve kusurluluk (manevi unsur)*” üçlü ayırımı tercih edilmiş ve suç tipi buna göre incelenmiştir.

A- Tipe Uygun Eylem (Maddi Unsur)

TCK’ nin 301. maddesi kapsamında ilk olarak incelenmesi gereken husus tipe uygun eylem ya da maddi unsurdur. Bu öge kendi içinde “Eylem” ve “Eylemin Tipikliği” şeklinde ikiye ayrılmakta, Eylem başlığı da kendi içerisinde “hareket, netice ve illiyet bağı” şeklinde üç kolda incelenmektedir.

1- Eylem

a- Hareket

aa- Kavram

Hareket farklı yazarlarca değişik tanımlar yapılmak suretiyle açıklanmaktadır. İçel’ e göre; “*yasal normda belirlenmiş sonuç alt unsurunu sonuçlayan, böylece nedensellik özelliği bulunan, bireyin ister icrai ister ihmali olsun tüm davranışları*”dır.¹²⁰

¹²⁰ İçel, **op. cit.**, s. 275

Centel/ Zafer/ Çakmut' a göre ise hareket; doktrinde ontolojik teorilerin yanında normativist teori ile açıklanmakta ve ceza anlamında hareket, “*yasadaki suç tanımını ihlal eden olumlu veya olumsuz davranış*” olarak tanımlanmaktadır.¹²¹

Demirbaş' a göre ise ceza hukuku açısından önem arz eden hareket kavramı; “*kanuni tanımı ihlal eden ve böylece hukuki nitelik gösteren davranış*” tır. Modern ceza hukuku yönünden hareket ise, “*kişinin iradesinden kaynaklanan ve suçun diğer unsurlarıyla bağlantı içerisinde amaca, yani neticeye yönelen harekettir.*”¹²²

Görüldüğü gibi hareket unsuru birçok teori ve görüş ile açıklanabilmektedir. Yazarların farklı şekilde tanımladığı hareket unsuru bize göre; “İcrai veya ihmali şekilde olabilen, hukuken etki doğuran ve suçun tamamlanabilmesi için gerekli olan sonucu doğuran davranışlar” dır. TCK madde 301 de bu açıklama nazarında incelenecektir.

bb- Madde Kapsamında “Hareket” Unsuru

i- 301. Madde Öncesi Dönem

765 s. k.' un 159. maddesinde aşağılama yerine “tahkir ve tezyif” ibaresi kullanılıyordu. Dolayısıyla eski kanunda suçun hareket unsuru “alenen tahkir ve tezyif” idi. Tahkir kavramı TDK tarafından; “*Aşağılama, onur kırma, onuruna dokunma*” olarak açıklanmıştır. Tezyif ise yine TDK’ de ilk anlamıyla; “*Bir şeyi değersiz, adi, bayağı, aşağılık göstermeye çalışma, küçültmek isteme*”, ikinci anlamıyla; “*Alay etme, eğlenme*” olarak tanımlanmıştır. Tezyif etmenin tahkir etmekten daha ağır bir anlamı olduğu yazarlarca kabul edilmiş bir husustur.¹²³ Bu hususa YCGK kararlarında da değinilmiştir. Kurul’ un verdiği bir karara göre; suçun maddi unsuru maddedeki kurumları aşağılayıcı, küçük düşürücü, hor görücü, onur zedeleyici hareketler olup bu hareketlerin hangilerinin tahkir ve tezyif edici mahiyette olup olmadıkları toplumda yerleşik olan ortalama örf, adet ve anlayışa göre belirlenecektir. Kurul, suçun oluşması için yalnızca tahkir etmenin yeterli olmayacağını, aynı zamanda tezyifin de gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Daha

¹²¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, **op. cit.**, s. 246- 247

¹²² Demirbaş, **op. cit.**, s. 228

¹²³ Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, **op. cit.**, s. 8056

sonra bu kavramları açıklayan YCGK' ye göre tahkir; kelime anlamı olarak hor görme, hakaret etme, onur kırma, aşağılama, küçük düşürme, gurur kırıcı davranış ve harekettir. Bununla beraber tezyif ise; adi, küçük düşürücü, bayağı, mağdurun haysiyet ve şerefini büyük ölçüde rencide eden, hakir görücü tahkirler olarak tanımlanmıştır. Sonuç olarak Kurul, tezyifin “kemiyet ve vahamet” bakımından tahkirden daha ağır olduğunu ifade etmiş ve kanunun Türklüğü tahkir edici olmakla beraber tezyif edici olmayan söz ve yazıların cezalandırılmayacağını eklemiştir.¹²⁴

Kanun metnine bakıldığında suçun oluşması için hem tahkir hem de tezyifin gerçekleşmesi gerekmektedir. Zira bu iki fiilin arasında “veya” değil “ve” bağlacı mevcuttur. Bununla birlikte maddede geçen kurum ve değerlere yapılan eleştiriler, sınırı aşp tahkir edici boyuta ulaşırsalar dahi, tezyif edici bir özelliğe sahip değillerse suç oluşmayacaktır.¹²⁵

ii- 301. Madde Sonrası Dönem

5237 s. TCK' nin 301. maddesi ile yeniden düzenlenen suçun hareket unsuru maddenin birinci ve ikinci fıkrasında da belirtildiği gibi “aşağılamak” olarak değiştirilmiştir. Esasen Hükûmet' in teklif ettiği metnin gerekçesine bakıldığında; suçun maddî unsurunun hakaret olarak belirlendiği ve hakaret için 194 üncü maddenin gerekçesine bakılması gerektiğinin ifade edildiği görülecektir.

Maddenin Hükûmetçe teklif edilen metninde maddi unsur “hakaret etme” olarak görüldüğü için bu bölümde hakareten de bahsetmek gerekmektedir. 765 s. k.' un “*Hakaret ve sövme cürümleri*” başlıklı 480. maddesinden anlaşılan odur ki; hakaret etme ve sövme muhteviyat olarak eski kanun döneminde farklı iki müessese olarak düzenlenmiştir. 5237 s. k.' da ise hakaret “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında 125. maddede ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Kanundaki tanıma bakıldığında hakaretin; “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak*” olarak açıklandığı görülmektedir. Görüldüğü üzere 765 s. k. ile aynı maddede düzenlenen hakaret ve sövme, yeni TCK ile birlikte yeni bir düzenlemeye

¹²⁴ YCGK, 11.07.2016, 2006/9- 169 E. - 2006/ 184 K.

¹²⁵ Sahir Erman, “**Hükûmetin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu**”, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), C. 25, S. 7, 1951, s. 281

tabi tutulmuş ve sövme, hakaret suçunun alt unsuru olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla günümüzde hakaret, TCK’ de sövmeyi kapsayan bir kavram olarak kanunda kendine yer bulmaktadır. Sövme birçok yazarca; “*somut bir fiil isnadı ihtiva etmeyen, herhangi bir olayla ilişkilendirilmeyen, şeref ve haysiyeti rencide eden, aşağılayan, hor gören her türlü yakıştırma*” olarak tanımlanmaktadır.¹²⁶ Erem/ Toroslu hakaret ile sövme arasındaki farkı açıklarken Manzini’ nin bu husus hakkındaki değerlendirmesini vurgulamıştır: “*Eğer vasati zekada bir insanın isnat edilen hususların hayali olduğunu anlaması mümkün ise “sövme”, aksi takdirde “hakaret” mevcuttur.*”¹²⁷ Bununla birlikte belirtilmelidir ki; beddua niteliğini haiz ifadeler Yargıtay tarafından sövme kabul edilmemektedir. Bu konuyla alakalı olarak Yargıtay’ ın 2014 yılında verdiği karara göre; bir kişinin sıkıntı ve zarara düşmesini yaratıcıdan dileme mahiyetindeki sözler onur, saygınlık ve şerefi rencide edici nitelikli somut bir olgu ya da fiil isnadını içermediği ve sövme kapsamında da değerlendirilemeyeceği için hakaret olarak kabul edilmemelidir.

Bu kapsamda, sadece “*Allah belanı versin*” cümlesi ile ortaya konulan bir beddua ifadesi, rahatsız edici olmakla birlikte onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil isnadı veya sövme olmaması nedeniyle TCK’ nin 125. maddesi anlamında suç olarak kabul edilemeyecektir. Nitekim Ceza Genel Kurulu’ nun 03.07.2001 gün ve 132- 155 sayılı kararında da; “*Allah belasını versin*” sözünün Tanrısal ceza dileme ve beddua anlamında olup tahkir ve tezyif içerdiğinden söz edilemeyeceğine işaret edilmiştir.¹²⁸

Bununla beraber yukarıda bahsedilen Hükûmet’ in teklif ettiği metin, Adalet Komisyonunca değişikliğe uğramış ve suçun maddi unsurunun aşağılamak olduğunu, bu aşağılamanın alenen gerçekleştirilmesi gerektiğini ve aşağılamanın kelime anlamı olarak suç konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan meydana geldiğini belirten bir gerekçe sunulmuştur. Komisyon, hakaret fiilini aşağılama olarak değiştirmiştir. Maddede yapılan 2008 değişikliği ile maddenin başlığı “*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve*

¹²⁶ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3. Cilt, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Temmuz 2014, s. 4353

¹²⁷ Faruk Erem/ Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, Eylül 2000, s. 436

¹²⁸ YCGK, 16.09.2014, 2014/ 2- 328 E. - 2014/ 386 K.

organlarını aşağılama” şeklinde değiştirilmiş ve bu hususla alakalı olarak aşağıdaki şekilde bir gerekçe sunulmuştur:

“Aşağılamak, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan "tahkir ve tezyif" kavramı karşılığında kullanılmıştır. Hakaret, ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen bir suç olduğu için, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli suç tanımlarında kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramına yer verilmiştir. Zayıf düşürmek anlamına gelen "tezyif" sözcüğüne suç tanımında ayrıca yer verilmemiştir.”

Aslında bu gerekçe ile değişikliğin nedeni gayet açık ve net şekilde açıklanmıştır. Gerekçede aşağılamanın, eski kanundaki “tahkir ve tezyif” i karşıladığı, ayrıca hakaretin sadece gerçek kişilerin mağduru olabileceği bir suç olduğu ve 301. maddede sayılan kurum ve değerler birer gerçek kişi olmadıkları için, “hakaret” in bu suçun hareket unsurunu oluşturamayacağı söylenmiştir. Madde metninden tezyif ibaresinin çıkartıldığı özellikle belirtilse de tahkir de esasında aynı şekilde madde metninden çıkartılmış ve bu iki terimin eş anlamlısı olarak “aşağılamak” ifadesi kullanılmıştır. Kimi yazarlara göre yukarıdaki gerekçe dikkate alınmamalı, “aşağılama” fiili tahkir etmek, küçümsemek, aşağılamak, küçük düşürmek, hor görmek” gibi manalara gelen İtalyanca “vilipendere” olarak anlaşılmalıdır.¹²⁹ Aşağılama, Hafizoğulları/ Özen’ e göre “iradi bir düşünce açıklaması olup bir ifade üzerine verilen bir değer hükmüdür.”¹³⁰ Kanımızca aşağılama, “tahkir ve tezyif” ibaresinden daha düşük anlamlı, aynı zamanda daha kapsayıcı, dolayısıyla geniş yorumlanmaya müsait bir kavramdır.

Bununla birlikte; 2008 değişikliği gerekçesine paralel olarak doktrinde kabul edilen görüşe göre sadece gerçek kişiler hakaret suçunun mağduru olabilir. Bu konuda Artuk/ Gökçen/ Yenidünya; “Tüzel kişi, hakaret suçunun mağduru olamaz. Tüzel kişi ancak suçtan zarar gören olabilir.”¹³¹ demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır. Dolayısıyla her ne kadar madde gerekçesinde hakaret ibaresinin kullanılmaması gerektiği doğru gözüксе de “tahkir ve tezyif” in maddeye kattığı ağırlığın hafifletilmesi ve yerine yoruma müsait olan “aşağılama” nın getirilmesi hatalıdır.

¹²⁹ Hafizoğulları/ Özen, **op. cit.**, s. 304

¹³⁰ **Ibid.**, s. 307

¹³¹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3. Cilt, **op. cit.**, s. 4363

Aşağılama, TDK tarafından “*Değerinden düşük göstermek*” ve “*Küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek*” şeklinde tanımlanmıştır. TCK’ de aşağılama ifadesi ise kanunun muhtelif yerlerinde geçmektedir. Bunlara örnek vermek gerekirse; madde 216’ daki “*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama*” ve madde 300’ deki “*Devletin egemenlik alametlerini aşağılama*” suçları söylenebilir. Kanunun farklı yerlerinde geçse de aşağılamanın tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla bir tanım yapılmak istenirse içtihat ve doktrine bakılmalıdır.

Aşağılama her türlü sesli, görüntülü, yazılı, basılı şekilde yapılabileceği gibi basın- yayın yoluyla da yapılabilir. Bununla beraber çeşitli jest ve mimikler, hareketler, takınılan tavırlar ve yapılan davranışlar da pekâlâ aşağılama hareketini gerçekleştirmek için kullanılabilir.¹³² Zira alenen olması hali dışında maddede aşağılamanın hangi şekillerde yapılırsa suçun 301. madde kapsamına gireceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın “Çeşitli Ülkelerde Durum” başlığı altında da incelendiği üzere bazı ülkelerde bu suçun hangi vasıtalarla işlenebileceği sarahaten belirtilmiştir. Örneğin; Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’ nun 30. maddesinde aynı Kanun’ un 23. maddesine atıf yapılmış ve suçun hangi vasıtalarla işlenebileceği açık şekilde belirtilmiştir:

“Kamuya açık yerlerde veya toplantılarda herhangi bir söz, slogan ya da tehditler; kamusal alanlarda ya da toplantılarda satılan, dağıtılan, satışa çıkartılan ya da sergilenen yazılar, basılı materyaller, çizim, gravür, resim, amblem, görüntüler ya da başka herhangi bir yazılı, sözlü yolla, görüntü yoluyla kamusal alanlarda sergilenen ilan ya da afiş, elektronik ortamda herhangi bir iletişim aracı”

TCK’ de ise Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’ ndaki gibi bu hususta özellikli bir madde bulunmamakla beraber yukarıda da belirttiğimiz üzere aşağılama her türlü hareket, araç, şekil ve eda ile gerçekleştirilebilecektir.

Sonuç olarak “aşağılamak” ibaresinin maddeye konuluş amacına paralel olarak bu hareketin on yıllardır kullanılagelen ve içtihatla yerleşmiş olan “tahkir ve tezyif” anlamında kullanılması ve bu çerçevenin dışına çıkılmaması gerekmektedir. Aksi takdirde günlük hayatta da sıkça kullanılan bu ibare anlam ve içerik bakımından

¹³² Sancar, **op. cit.**, s. 169

kolaylıkla sübjektif ve keyfi olarak yorumlanabilecek ve buna dayanılarak hatalı kararlar verilebilecektir.

cc- Aleniyet

301. madde, suçun oluşması için aşağılama hareketinin alenen gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. TDK’ de aleniyet; “*açıklık*” olarak tanımlanmıştır. 5237 s. TCK’ de aleniyet ile alakalı bir izahat bulunmamakla beraber 765 s. k.’ un 153. maddesinden bu kavram ile alakalı bir çıkarım ya da örneklendirme yapılabilir. Zira bu maddeye göre; fiilin, matbuat ya da herhangi bir propaganda aracı ile, umumi ya da umuma açık bir yerde ve birden fazla kişinin huzurunda veya toplanılan yer ve ictimaya iştirak edenlerin sayısı veya toplantının konusu ve amacı itibarıyla özel mahiyete sahip olmayan bir ictimada işlenmiş olması halinde aleni olarak işlendiği varsayılacaktır.

“Askeri kanunlara karşı itaatsizlik ve yemin bozma” suçlarından bahseden eski 153. maddede suçun aleni şekilde işlenebileceği hallerden bazıları sayılmıştır. Ancak yukarıda sayılan haller aleniyeti tanımlamak konusunda net bilgiler vermemektedir. Doktrine bakıldığında; “*tahkirin, sayısı önceden bilinmeyen ve ferden belirli ya da belirlenebilir olmayan kişilerce algılanabilme imkanının objektif olarak bulunması durumunda aleniyet var sayılır.*”¹³³ şeklinde açıklamalar olduğu gibi, aleniyetin “*Kalabalık sayıda eşhasın aşağılamaya muttali*¹³⁴ olmalarını mümkün kılan her hangi elverişli bir vasıtanın kullanılması halinde mevcut sayılacağı”¹³⁵ na dair görüşler de bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere doktrinde aleniyet unsuru için farklı tanımlar yapılmış ve hangi durumların bu başlık altında toplanabileceği konusunda değişik görüşler ortaya atılmıştır. Bunlardan biri de Dönmezer’ in tasnifidir. Keza yazara göre aleniyetin oluşup oluşmadığını anlamak için fiilin gerçekleştiği mekânın niteliğine bakılmalıdır.

¹³³ Cihan Erol, “**Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 312)**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C. 40, S. 1-4, İstanbul, 1974, s.108 ve Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 376- 377 ve Köksal Bayraktar, **Suç İşleme Tahrik Cürmü**, İstanbul, 1977, s. 138, 178 (Erişim: Hamide Zafer, “**Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m. 312 / 3)**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C. 62, S. 1- 2, 2004, s. 240)

¹³⁴ **muttali**: Öğrenmiş, haber almış, bilgi edinmiş (TDK)

¹³⁵ Sahir Erman, **Hakaret ve Sövme Suçları**, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 207 vd. (Erişim: Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 5. Cilt, **op. cit.**, s. 8056)

Yazara göre aleniyet hem genel hem de özel yerlerde gerçekleşebilir. Dolayısıyla bu iki farklı nitelikteki yerin tanımının yapılması gerekir. Genel yerler kendi içinde üçe ayrılmıştır: Bunlardan ilki “nitelikleri gereği genel olan yerler” başlığı altında düzenlenmiş ve “herkesin hiçbir kayıt ve şart olmadan serbestçe ve istediği zaman içine girebileceği yerler” (yollar, gezinti yerleri, parklar vb.) olarak tanımlanmıştır. Buralarda yapılan hareketler kimse görmese dahi alenidir. İkinci başlık ise “tahsisleri itibarıyla genel olan yerler” olup; tiyatro, sinema salonu, camiler bunlara örnek olarak verilebilir. Bu yerler tanım itibarıyla “bazı şartlar yerine getirilmek kaydıyla içine girilebilecek yerler” olarak tanımlanmıştır. Son olarak “tesadüfen genel olan yerler” başlığı altında “üçüncü kişilerin az ya da çok tesadüfi bulunmaları ile aleni olma özelliğini kazanan yerler” olarak sayılmıştır. Bunlara dükkân, nezarethane, otomobil ve hastaneler örnek olarak verilmiştir.

Özel yerler ise yazarca ikiye ayrılmıştır: “Genel bir yere komşu olan ve burada bulunanların olanları kolayca görüp duyabilecekleri özel yerler (kapısı açık yerde yüksek sesle konuşmak gibi) ve “başka bir özel yerde bulunanların içini görebilecekleri özel yerler” (apartman ortak yerleri vb.). Dönmezer’ e göre fail, hareketlerini diğer kişilerden gizlemek hususunda gerekli tedbirleri almadıysa ve bu hareketler başkaları tarafından duyulduysa ya da görüldüyse aleniyetin varlığı kabul edilmelidir.¹³⁶ Sancar ise bu görüşe katılmamış ve “*özel bir yerin aleniyete konu olabilmesi için failin başkaları tarafından duyulmasını istemiş olması, iradesinin buna yönelik olması gerekir*” demiştir. Yine Sancar’ a göre; fail gerekli tedbirleri almama hususunda kasıtlı davranışlar sergilediyse ancak bu durumda aleniyetten söz edilebilecektir. Neticeten “*aleniyetin varlığı için, kalabalık sayıda kimselerin harekete muttali olmalarının mümkün olması yeterlidir*” görüşü yazar tarafından benimsenmiştir.¹³⁷

Önder ise tahrik suçlarında aleniyeti incelerken; “yapılan hareketlerin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilme imkânının varlığı”nın aleniyet unsurunun kabulü için esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Yerin özel ya da umuma açık olma niteliğini önemsiz bulan bu görüşe göre; aleniyetin oluşabilmesi için birden

¹³⁶Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. Bası, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1975, s. 144 vd. (Erişim: Sancar, **op. cit.**, s.173- 174)

¹³⁷ Sancar, **op. cit.**, s. 174

çok kişi ya da herhangi bir kişinin varlığı da gerekmez.¹³⁸ Bununla birlikte 765 s. k.’ un 419. maddesindeki “Hayâsızca hareketler” şeklinde açıklanabilecek suç tipi kapsamında da aleniyet unsuruna değinen Önder, bu suç tipi için aleniyeti çeşitli başlıklar altında incelemiştir. Bu başlıklardan mahal şartı kapsamında yazarca “hareketin görülebilme, fark edilebilme” kıstası kabul edilmiştir. Önder’ e göre hayâsızca hareketlerin umuma açık yerlerde yapılması durumunda aleniyetin gerçekleştiğinin kabul edilmesi ve failin hareketlerinin görülüp görülmemesinin önem arz etmemesi hatalı bir yaklaşımdır. Umuma açık olsa dahi failin hareketlerinin görülebilir, fark edilebilir olması gerekir. Bu tür yerlerde fiilin işlenmesi halinde günün hangi saatinde işlendiği, failin görünmemek için aldığı tedbirler ve mevsim gibi etmenler de incelenmelidir.

Yazara göre; hareketin görülmüş olması şart değildir; buna karşın somut olarak görülebilme imkânının varlığı halinde aleniyetin unsurunun mevcudiyetinden bahsedilebilecektir. Bununla birlikte somut olarak görülemeyen bir yerde işlense dahi eğer fail diğer kişilerin dikkatini çekip kendisinin görülebilmesini sağlarsa, bu durumda da aleniyetin gerçekleşmiş olacağı kabul edilmektedir.

Önder son olarak, olayın tanıkları açısından da bir ayrıma gitmiş ve fail ile tanıklar arasında fiilî ya da hukukî bir ilişkinin varlığı ve bu kişinin olayın tanığı olması halinde (örneğin ev sakinleri) aleniyetin oluşmayacağını, buna karşın bu tür bir ilişki apartman sakinleri arasında olmadığı için bu kişilerin aynı olayın tanığı olmaları durumunda suçun alenileşeceğini belirtmiştir. Yazar, Yargıtay’ ın da katıldığı görüşe paralel şekilde; tanıkların özel çabaları ile fiili görmeleri durumunda aleniyetin oluşmayacağı hususunu vurgulamıştır.¹³⁹ Yazarın tüm bu değerlendirmelerinin farklı bir suç tipi olan “hayâsızca hareketler” için yapıldığını belirtmekle beraber, alenilik hususunda bir çerçeve çizmesi bakımından yararlı olduğu söylenmelidir.

Aleniyet unsurunun içeriğine Yargıtay kararlarında da değinilmiştir. Eski 159. madde konulu bir davada Yargıtay Ceza Genel Kurulu; otobüste iki askerin sohbeti esnasında subaylar hakkında edilen hakaretamiz ifadelerinin otobüsün diğer yolcularından Kurmay Yüzbaşı tarafından duyulması olayında aleniyet unsurunun oluştuğuna karar vermiştir. YCGK’ nin gerekçesine göre; aleniyet, suçun herkesçe

¹³⁸ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Kasım 1987, s. 309- 313

¹³⁹ **Ibid.**, s. 468- 475

görülebileceği yerde işlenmesi olup ihtilat ile karıştırılmaması gerekir. Kurul daha sonra ihtilatı açıklamış ve bu müesseseyi “fiilin başkaları tarafından duyulmuş olup bilgi edinilecek koşullar içerisinde işlenmesi” olarak tanımlamıştır. Aleniyet kavramında ise asıl olanın suçun başkaları tarafından işitilebilecek ve görülebilecek şekilde işlenmesi olduğunu belirten YCGK, bu iki kavramın bir başka farkı olarak ise, aleniyette umumi yerde işlenen fiilin başkalarınca görülmesi ya da işitilmesinin şart olmamasına, görülüp işitilebilir olmasının yeterli sayılmasına karşın; ihtilatla hedefin saldırıda bulunulan kişilerce duyulup bilgi edinilmesi olduğunu ifade etmiştir. Kurul sonuç bölümünde ise; karara konu olayda sanığın otobüs içerisinde diğer yolcularca kolaylıkla duyulabilecek bir ses tonu ile konuştuğunun tanık Kurmay Yüzbaşı tarafından sarahaten belirtilmesi ve sarf edilen tahkir ve tezyif edici sözlerin askerî kuvvetlerinin tamamını ilgilendirmesi neticesinde sanığın 159. maddedeki suçü işlediği sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁰

Çoğunluk görüşüne katılmayan üye ise; otobüste yan yana oturan iki kişinin arasındaki özel konuşmanın merak ile izlenmesi ve dinlenmesi neticesinde edinilen ve bir kişinin tekelinde kalan bilginin herhangi bir aleniyetin ya da alenileştirme kastının varlığını göstermeyeceğini belirtmiştir. Kanaatimize göre çoğunluk görüşü hatalı olup karşı oy kullanan üyenin gerekçelendirmesi hukuken doğrudur. Zira her ne kadar otobüs aleni bir ortam sayılsa da iki kişi kendi aralarında konuşurken bu konuşmayı o mekânda bulunan diğer kişilerin duyması gibi bir gayeleri, istek ve çabaları yoktur. Dolayısıyla tek tanığın ifadelerinden yola çıkılarak ve aleniyet kastı vuku bulmamışken suçun sabit olduğuna dair verilen karar hukuka aykırıdır.

Aleniyet unsuru diğer Yargıtay kararlarında da birbirine paralel şekilde tanımlanmaktadır. Örneğin Yargıtay 4. CD;

“TCK'nın 125/4. maddesinde ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen aleniyetin gerçekleşmesi için, olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi ve herkes tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesi gerekmektedir.”

¹⁴⁰ YCGK, 31.01.1983, 1983/ 482 E. - 1983/ 18 K.

diyerek aleniyet unsurunun hangi koşullarda oluşacağını belirtmiş ve aynı kararında Adliye’deki emniyet odasından adliye koridorundaki ceza infaz kurumunda görevli askerlere hakaret edilmesi üzerine;

“(...) aleni yerlerden sayılmayan emniyet odasının yalnızca demir parmaklıklarla adliye koridorundan ayrılması, sanığın sarf ettiği sözlerin, yüksek sesle bağırması nedeniyle, aleni yerlerden olan adliye koridorundaki belirlenemeyen sayıda vatandaşlarca ve sözü edilen odasında bulunduğu koridordaki kalem görevlilerince duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması karşısında, suçun alenen işlendiğinin kabulü gerektiğinden”¹⁴¹

şeklinde bir gerekçelendirme yapmıştır. Esasında bu karar içeriği itibarıyla yerindedir. Zira aleni yerlerden sayılmayan bir yerde bulunan kişilerin aleni ortam sayılan yerlerden duyulabilecek şekilde hakaret etmeleri durumunda da alenen hakaret suçunun vücut bulacağı belirtilmiştir. Bunun nedenini; yine Yargıtay kararlarında geçtiği üzere; “hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi tarafından duyulabilmesi halinde de aleniyetin oluşacağı” şeklinde açıklamak mümkündür. Bu kararlara örnek olarak; Yargıtay 18. CD’ nin 10.09.2018 tarihli kararı verilebilir. Zira bu kararda *“Aleniyet hakaret eyleminin herkesin duyabileceği, görebileceği ve sayısı belli olmayan birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması anlamına gelmektedir.”¹⁴²* denmektedir. Yine yakın zamanlı bir YCGK kararına göre ise; hakaret suçunun aleni şekilde işlenmesinde aranan kıstas, fiilin gerçekleştiği koşullar bakımından belirli olmaması ve birden fazla kişi tarafından algılanabilir olmasıdır. Kurul’ a göre; hakaretin aleni hale kavuşması için; belirsiz sayıda kişi tarafından işitilebilecek, algılanabilecek ve görülebilecek bir ortamda ya da çok sayıda kişinin öğrenmesini sağlayacak herhangi bir vasıta ile işlenmesi ve aleniyet için birden fazla kişi tarafından hakaretimiz söylemlerin öğrenilmesinin olanaklı olması kâfi olmakla beraber, bu söylemlerin fiilen duyulması gerekli değildir. Bununla beraber suçun basın- yayın yoluyla işlenmesi durumunda aleniyetin oluştuğunun kabul edileceği de eklenmiştir. Daha sonra bu izahatı olaya uygulayan YCGK, caddenin herkese açık bir mahal olduğunu, ifade edilen sözlerin sayısı belli olmayan kişiler tarafından algılanabilir nitelikte olduğunu belirtmiş, dolayısıyla aleniyetin gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁴³

¹⁴¹ Yargıtay 4. CD, 17.12.2018, 2018/ 824 E. - 2018/ 21876 K.

¹⁴² Yargıtay 18. CD, 10.09.2018, 2018/ 22 E. - 2018/ 11052 K.

¹⁴³ YCGK, 30.10.2018, 2017/ 14- 1076 E. - 2018/ 492 K.

CGK bu kararında aleniyet unsurunu tanımlarken; *“herhangi bir araçla diğer kişilerin öğrenmesinin olanaklı olması”* nı kâfi görmüş, hakaretin duyulmasının önemli olmadığını belirtmiştir. Görüldüğü üzere CGK, fiilen hakaretin duyulmasını değil, duyulma ihtimalinin olduğu yerlerde işlenmesini aleniyet için kurucu unsur saymıştır. Bu anlayış YCGK’ nin 2018 tarihli bir başka kararında da kendine yer bulmuştur:

*“(...) Aleniyet, belirsiz sayıdaki kişilerin hakaret suçunu oluşturan sözü duymasına ve algılamasına olanak sağlayacak şekilde suçun işlenmesini ifade eder. Söylenen sözün fiilen duyulup duyulmadığı önemli olmayıp böyle bir olanağın yaratılması yeterlidir. Bir başka deyişle, aleniyetin varlığı için birçok kişinin hakaret suçunu işitebilme ihtimali yeterli olup, umumi yerde bulunmaları ve söylenen sözleri fiilen duymaları şart değildir.”*¹⁴⁴

Yukarıdaki kararda aynı zamanda “dükkân önü” nde işlenen hakaret suçunun aleni şekilde işlendiğini de belirtmiştir. Buna karşın başka bir kararında ise avukat yazıhanesinin umuma açık bir yer olmadığına kanaat getirmiştir.¹⁴⁵

Yine YCGK, bir kararında;

*“Sanığın hakaret fiilini gerçekleştirdiği karakol binasının ön tarafının herkese açık bir yer olması ve söylenen sözlerin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilir mahiyette bulunması karşısında, aleniyet unsurunun gerçekleştiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.”*¹⁴⁶

demek suretiyle karakol binası önü gibi yerleri umuma açık yerlerden kabul etmiş ve buralarda işlenecek hakaret suçu için aleniyet unsurunun oluşacağını belirtmiştir. Bununla beraber Yargıtay otobüs terminali gibi umuma açık yerleri tabiyeten aleni yerlerden saymıştır.¹⁴⁷ Bunun yanında sulh ceza mahkemesinin (günümüzde “sulh ceza hâkimliği” adını almıştır) 2013 yılında verdiği bir karara göre; mahkemeye sunulan ve içerisinde “alkolik ve ruh hastası” ifadelerinin yer aldığı dilekçe için; *“dilekçenin ilgili yargı merciine verilmesi ile birlikte aleniyet*

¹⁴⁴ YCGK, 24.04.2018, 2018/ 18- 75 E. - 2018/ 189 K.

¹⁴⁵ YCGK, 28.02.1949, 215/ 83 E. - 71 K. (Erişim: Alicanoğlu, **op. cit.**, s. 454)

¹⁴⁶ YCGK, 26.06.2018, 2015/ 15- 389 E. - 2018/ 318 K.

¹⁴⁷ Karar için bkz. YCGK, 05.10.1987, 1987/ 167 E. - 1987/ 422 K.

kazandığı”¹⁴⁸ ifade edilmiştir. Bu kararın alıntılındığı Anayasa Mahkemesi Kararı’nda¹⁴⁹ ise aleniyet hususu ile alakalı olarak hukuki bir değerlendirme yapılmamıştır.

Esasen “aleniyet” in içine nelerin dâhil edilip nelerin edilmeyeceğini anlamak için Yargıtay kararlarına konu olaylara dikkatlice bakmak gerekir. Örneğin; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’ na hitaben yazılan dilekçedeki ifadeler ile alakalı bir olayda Yargıtay, devletin askeri kuvvetlerini alenen aşağılama suçunun gerçekleşmediğini ifade etmiştir.¹⁵⁰ Bir başka olayda ise; sanıkların Ankara ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılıkları’ na gönderdikleri ve Devlet’ in güneydoğuda katliam yaptığını ve Genelkurmay Başkanlığı sorumluları hakkında suç duyurusunda bulunduklarını beyan ettikleri dilekçe ile alakalı olarak; YCGK, hazırlık soruşturmasının gizli olduğuna ve sanığın dilekçesinde belirttiği hususların başkaları tarafından öğrenilmesinin mümkün olmayacağına değinmiştir. Yalnızca ilgililerce okunması gereken bu dilekçenin başka görevlilerce okunmasının dilekçeye aleniyet kazandırmayacağı ve dilekçelerin sanıkların iradesi dışında diğer kurumlara iletilmesi halinde Adalet Bakanlığı’ ndan izin alınsa dahi eksik olan aleniyet unsurunun eksikliğinin giderilemeyeceği belirtilmiştir.¹⁵¹

Yargıtay, önüne gelen bir başka olayda sanık tarafından hükümlü iken Adalet Bakanlığı’ na hitaben yazılan dilekçenin ilgisine ulaşmadan Cumhuriyet Başsavcılığınca el konulması ve soruşturma başlatılmasının suçun unsurları oluşmadığından bahisle Cumhuriyet Savcısı’ nın temyiz itirazını reddetmiştir.¹⁵² Bununla beraber Yargıtay 9. CD 1982 yılına ait bir kararında ise:

*“Hükümete hakaret fiili dükkân içinde işlenmiştir. Konuşmanın camekanlı yerde cereyan etmesi, dükkâna gelen müşterilerin bu bölgeye girmesine ve söylenen sözleri işitmelerine engel değildir. Bu itibarla olayda aleniyet unsurlarının bulunduğu ve söylenen sözlerin de hakaret teşkil ettiği düşünülmenden yerinde görülmeyen bazı düşüncelerle sanığın beraatine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.”*¹⁵³

¹⁴⁸ Olaydan bahsedilen karar: Karşıyaka 3. Aile Mahkemesi, Karar T.: 18.09.2013

¹⁴⁹ AYM, 16.04.2015, Baş. No: 2013/ 7861, 11.07.2015 T.- 29413 no’ lu RG

¹⁵⁰ Yargıtay 9. CD, 07.06.2007, 2006/ 9252 E. - 2007/ 5081 K.

¹⁵¹ Yargıtay CGK, 27.04.1999, 9- 74 E. - 104 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 186- 187)

¹⁵² Yargıtay 9. CD, 13.12.1995, 6903 E. - 6730 K. (Erişim: **Ibid.**, s. 194)

¹⁵³ Yargıtay 9. CD, 24.02.1982, 820 E.- 940 K. (Erişim: **Ibid.**, s. 204)

demıştır. Aynı Ceza Dairesi, 1979 yılına ait başka bir kararında ise öğrenci olan sanığın yazılı sınavda sorulan sorulara karşı verdiği cevapla Adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif ettiği iddiası ile yapılan yargılamasında, suçun maddi unsurlarından birisinin de aleniyet olduğu, sınav salonunun umumi bir yer olarak kabul edilmemesi gerektiği gibi, sınav kâğıtlarının da sadece görevli kişilerce okunması gerekirken, bu görevliler dışındaki kişilerce kâğıtların okunmasının aleniyet unsurunu yaratmayacağını belirtmiştir.¹⁵⁴ Son olarak 1976 yılına ait bir kararda Yargıtay, sanıkta yakalanmış olan ve eski 159. maddedeki suçun konusunu oluşturan bildirilerin dağıtılmamış olması durumunda aleniyet unsurunun oluşmayacağını belirtmiştir.¹⁵⁵

Yukarıda değindiğimiz ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararları ile doktrinin eğilimi göz önüne alınacak olursa; genel kabul gören görüşün; sokak, cadde, dükkân-apartman önü, umuma açık yerler için aleniyetin mevcut olduğu yönünde olduğu söylenebilir. Ayrıca alenen aşağılama umuma açık olmayan bir yerden umuma açık yerdeki insanların duyabileceği, görebileceği, anlayabileceği şekilde vücut bulduysa, bu durumda da aleniyetin olduğu kabul edilmelidir. Bunun dışında yukarıda da değindiğimiz üzere basın- yayı yoluyla işlenmiş bir suç mevcutsa, bu da pekâlâ aleni sayılacaktır. Bu konuda AYM, 2016 tarihli kararında aşağıdaki şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur:

*“Mahkeme bu anlamda, devlet sırrı niteliğinde ve yayımlanması ulusal güvenliğe aykırı olan bilgileri içeren kitap, dergi, gazete gibi yayınların toplatılmasını, bu yayınların halihazırda elde edilebilen veya büyük oranda elde edilmiş, yani aleniyet kazanmış olması durumunda, hem demokratik bir toplumda gerekli olmadığı hem de toplumsal ihtiyaç baskısının oluşmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 10. maddesine aykırı bulunmaktadır.”*¹⁵⁶

“Basın- yayı yolu” kavramından ne anlaşılması gerektiği esasında TCK’ nin 6. maddesinin birinci fıkrasının “g” bendinden anlaşılabilir: *“her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar”*. Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle basın- yayı yolu kavramı da hayli genişlemiştir. Dolayısıyla sosyal medya ortamlarında paylaşılan yazı, resim, ses, video ve görüntülerin olması halinde

¹⁵⁴ Yargıtay 9. CD, 10.10.1979, 3885 E. - 4107 K. (Erişim: **Ibid.**, s. 207)

¹⁵⁵ Yargıtay 9. CD, 10.11.1976, 57 E. - 5700 K. (Erişim: **Ibid.**, s. 210)

¹⁵⁶ AYM, 25.02.2016, Baş. No: 2015/ 18567, 10.03.2016 T.- 29649 no’ lu RG

de aleniyet unsuru gerçekleşmiş olur. Bunun dışında televizyon, radyo, basılı- yazılı neşriyatın (gazete, dergi, fanzin vb.) da aleniyet unsurunun içerisine girdiği aşîkârdır.

i- Aleniyetin Niteliği

Aleniyetin tanımı ve kapsamı incelendikten sonra hukuki niteliğinin tartışılması gerekmektedir. Zira aleniyet 301. maddedeki suç oluşturana unsurlardan biri midir, yoksa objektif cezalandırılabilirlik koşullarından mı? Bu ayrımı doğru şekilde yapabilmek için ilk başta yukarıda bahsi geçen koşulların tanımı yapılmalıdır.

Objektif cezalandırılabilme koşulları Jescheck' e¹⁵⁷ göre suç oluşturana eylemle doğrudan ilişkili bulunmalarına rağmen hukuka aykırılık ve kusurluluk kapsamında değerlendirilmezler. İçel' e göre bu koşullar suçun oluşmasını etkilemez ancak cezalandırmada doğrudan doğruya etkililerdir. *“Suçu tüm unsurlarıyla gerçekleştirmiş olan failin cezalandırılması için kanun ayrıca objektif koşul aramışsa, bu koşul gerçekleşmedikçe yaptırım uygulanamaz”*¹⁵⁸ şeklinde bir izahatta bulunan İçel' e göre bu koşullar olayda mevcut değilse her ne kadar suç tamamlanmış olsa da fail cezalandırılmayacaktır. Yazar bu koşullara örnek olarak; TCK' nin 340., 341. ve 342. maddelerinde düzenlenen *“Yabancı devlet başkanına karşı suç”*, *“Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret”* ve *“Yabancı devlet temsilcilerine karşı suç”* un (343. maddede yazdığı şekilde) mütekabiliyet şartının mevcudiyeti halinde uygulanacağı hükmünü vermiştir. Bunun yanında TCK' nin 161. maddesinde düzenlenen *“Hileli İflas”* ve sonraki maddedeki *“Taksirli iflas”* suçlarında *“iflâsa karar verilmiş olması”* nı da bu koşullardan saymıştır. Yazara göre bu koşullarda kusur aranmayacak ve koşullar objektif nitelikte olacak, bunlar gerçekleşmediği takdirde failin başka türlü cezalandırılma olanağı bulunmayacaktır.¹⁵⁹

Aynı şekilde Artuk/ Gökçen/ Yenidünya da bu koşulları; *“Suçun bütün unsurları gerçekleştikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır. Kastın bilme unsuruna dahil olmayan objektif cezalandırılabilme şartının somut*

¹⁵⁷ Hans- Heinrich Jescheck, 1915- 2009 yılları arasında yaşamış Alman hukuk profesörü

¹⁵⁸ İçel, **op. cit.**, s. 235

¹⁵⁹ İçel, **op. cit.**, 238- 239

olayda gerçekleştiğinin kişi tarafından bilinmesine gerek yoktur.”¹⁶⁰ şeklinde ifade ederek İçel’ in görüşü ile paralel bir tanım yapmıştır.

Objektif cezalandırılabilme koşullarının tanımını 301. maddedeki aleniyet unsuru ile mukayese ettiğimizde; bu unsurun bahsi geçen koşullar arasında yer almadığı görülecektir. Zira; 301. maddede “alenen aşağılama” bir söz öbeği şeklinde ifade edilmiş ve suçun oluşması için gerekli unsurlardan biri olarak sayılmıştır. Dolayısıyla nasıl ki aşağılama bu suçun bir unsuru olarak kabul ediliyorsa aleniyet de bu suçun oluşması için gereken unsurlardan sayılmalıdır. Zira maddenin hiçbir yerinde aleniyet suçun nitelikli hali olarak belirtilmemiştir. Hâlbuki TCK’ nin 125. maddesinde düzenlenen “*Hakaret*” suçunun 4. fıkrasında suçun alenen işlenmesi halinde cezanın altıda bir oranında artırılacağı hüküm altına alınmıştır. 130. maddedeki “*Kişinin hatırasına hakaret*” suçu için de aynı nitelikli hal öngörülmüştür. Aynı şekilde 84. maddedeki “*İntihara yönlendirme*” suçunun 3. fıkrasında başkasını alenen intihara teşvik eden kişinin daha ağır cezaya tabi olacağı belirtilmiştir. Ayrıca objektif cezalandırılabilirlik koşulları, yukarıda bahsettiğimiz tanım itibarıyla suç tüm unsurlarıyla oluştuktan sonra göz önüne alınan bir müessese olduğu ve aleniyet olmadan suç bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş sayılamayacağı için, aleniyetin bu maddedeki suçun unsuru olduğu söylenebilir.

Bununla beraber belirtilmelidir ki; Yargıtay Onursal üyesi Malkoç’ un da mensubu olduğu azınlık görüşüne göre; aleniyet suçun unsurlarından değil, cezalandırılabilme koşullarındandır.¹⁶¹

Yukarıdaki görüşler değerlendirilecek olursa aleniyetin bir cezalandırılabilme koşulu olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bununla beraber Yargıtay verdiği bazı kararlarda aleniyetin suçun unsuru olduğunu açıkça belirtmiştir:

“Aleniyet, bazen suçun unsuru bazen de cezayı ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. TCY’ nin 159. maddesinde ise suçun unsurlarından olup tahkir ve tezyifin alenen vukubulması gerekmektedir.”¹⁶²

¹⁶⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3. Cilt, **op. cit.**, s. 4376

¹⁶¹ İsmail Malkoç, **Açıklamalı - İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 188 – 345)**, 2. Cilt, Malkoç Kitabevi Yayınları, 2007, s. 2145

¹⁶² YCGK, 27.04.1999, 9- 74 E. - 104 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 186- 187)

TCK’ deki bazı suçlarda aleniyet unsuru suçun oluşması için aranan şartlardan olup hareketin alenen gerçekleşmemesi halinde suç oluşmayacaktır. Buna örnek olarak 213. maddede düzenlenen “*Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit*” suçu verilebilir. Zira bu madde “*Halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından alenen tehditte bulunan kişi*” yi cezalandırmaktadır. Dolayısıyla alenen tehditte bulunulmadığı ihtimalinde 213. maddedeki suç tamamlanmış addedilmeyecektir. Aynı husus 301. madde için de geçerlidir. Keza yukarıda belirttiğimiz üzere bu maddede aleniyet cezaı ağırlaştırıcı bir sebep olarak sayılmamıştır. Bu görüş birçok yazarca da kabul görmektedir.¹⁶³ Dolayısıyla maddede geçen “alenen aşağılama” hali bir kül olarak anlaşılmalı ve bunun neticesinde “aleniyet” in maddedeki suçun unsurlarından biri olduğu kabul edilmelidir.

dd- Hareketin Türü Bakımından

Bilindiği üzere “hareket” in türü yönünden suçların çeşitli ayrımları mevcuttur. Bunlar; “icrai suç- ihmali suç”, “tek hareketli suç- birden çok hareketli suç- seçimlik hareketli suç”, “bağlı hareketli suç- serbest hareketli suç” tur. Aşağıda, bu hareket türlerinin detaylı açıklaması yapılmadan TCK madde 301’ in bu türler arasındaki yeri tartışılacaktır.

301. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında açıkça belirtildiği gibi “alenen aşağılama” nın suçun hareket unsuru olacağını önceki başlıklarda değinmiştik. Bu tespitten sonra araştırılması gereken aşağılamanın hangi hareket tipleri ile gerçekleşebileceğidir.

i- İcrai- İhmali- İhmal Suretiyle İcrai Hareket

Hareket türlerinden icrai hareket kısaca; “*kanunun yasakladığı bir hareketin icraya konulması suretiyle gerçekleştirilmesi*”¹⁶⁴ ya da “*yapılmadığı takdirde netice*

¹⁶³ Bu yazarlara örnek olarak Centel/ Zafer/ Çakmut: “*Bu suçun oluşması, aşağılamanın aleni olmasına bağlıdır. Genel hakaret suçunda aleniyet ise suçun unsuru değil, ağırlaştırıcı nedenidir (TCK m. 125/4).*” [Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt: I, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Mart 2011, s. 223]

¹⁶⁴ İçel, **op. cit.**, s. 278

meydana gelmeyecekti, denilebilen hareketler”¹⁶⁵ şeklinde tanımlanabilir. 301. madde de bu kapsamda değerlendirildiğinde açıkça görülecektir ki; bu suç icrai hareketle işlenebilir. Zira kanun maddesinde geçen kurum ve değerleri alenen aşağılamak ancak olumlu bir hareket ile gerçekleşebilir. Yukarıda icrai hareketin tanımında belirtildiği üzere 301. madde için de; “yapılmasaydı; yani alenen aşağılama gerçekleşmeseydi suç meydana gelmeyecekti” denilebileceği için; bu suç aslen icrai nitelikte bir hareket ile işlenebilir.

Bunun yanında; bahsi geçen suçun ihmali bir hareketle işlenmesi mümkün gözükmemektedir. Zira ihmali hareketle işlenebilen suçlar tanımı gereği; “*yapılması gereken bir hareketin yapılmaması*”¹⁶⁶ olduğu için “alenen aşağılama” bu hareket türüne elverişli olmayacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken hareket tipi; ihmal suretiyle icrai hareketlerdir. Bu tip hareketler; “aslen icrai bir hareketle gerçekleştirilebilen bir suçun ihmal suretiyle işlenmesi” şeklinde tanımlanabilir. Bu hareket ve suç türüne TCK’ nin 83. maddesinde rastlamak mümkündür. Maddeye göre; kasten öldürme suçunun icrai bir hareketle işlenmesi mümkünken bu suçun bir cankurtaran tarafından boğulan kişiyi kurtarmayarak onun ölmesine göz yumma şeklinde gerçekleşmesi halinde, ihmal suretiyle icrai suç vücut bulacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu suç türünün oluşabilmesi için aranan şartlar sayılmıştır. Bunlar; kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ve önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmasıdır. 301. maddedeki suç bu bağlamda incelendiğinde, ihmal suretiyle icrai bir hareket ile hakarete bulunulması mümkün gözükmemektedir. Zira bu suç türü ihmali bir hareketle meydana gelebileceği için ihmal suretiyle icrai bir hareketle de gerçekleşmesi düşünülemez.

Sonuç olarak; aşağılama olumlu bir hareketle meydana gelebileceği; yani kanundaki hareketin yapılması sonucunda oluşan bir suç olduğu için; 301. maddedeki suçun da icrai nitelikte bir suç olduğu söylenebilecektir.

¹⁶⁵ Centel/ Zafer/ Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, op. cit., s. 255

¹⁶⁶ İçel, **op. cit.**, s. 279

ii- Birden Çok Hareketli- Seçimlik Suçlar Kapsamında Hareket

Birden çok hareketli suçlar “bir suçun oluşabilmesi için kanunun birden çok hareketin yapılmasını aradığı suçlar”¹⁶⁷ olarak tanımlanabileceği için; 301. maddedeki alenen aşağılama hareketi bu kapsama giremeyecektir. Zira bu suçun işlenmesi için “yağma” suçu gibi kanunda birden fazla hareketin birlikte yapılması gerektiği belirtilmemiştir.

Seçimlik hareketli suçta ise kanun maddesinde belirtilen hareketlerin birinin yapılması durumunda suç oluşmuş sayılacaktır. Buna örnek olarak; TCK’ nin 115. maddesinde düzenlenen “İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme” suçu verilebilir. Bu maddeye göre tehdit ya da cebir kullanılmak suretiyle kişiyi siyasi, dini, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatini açıklamaya ya da değiştirmeye zorlayan veya bunları açıklamasını veya yaymasını engelleyen kişiler cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere bu maddedeki suç tehdit ya da cebir kullanılarak gerçekleştirilebilir.

301. madde seçimlik hareketli bir suç olarak da düşünülemez, zira maddede birden çok farklı hareketten birinin yapılması neticesinde suçun oluşacağına dair bir düzenleme yoktur. Maddede sayılan kurumlardan herhangi birinin aşağılanması ise seçimlik bir hareket olarak değerlendirilemez, zira maddede öngörülen hareket tektir, çoğul olan bu hareket değil, korunan kurumlardır.

iii- Serbest Hareketli- Bağlı Hareketli Suç

301. maddedeki suç son olarak bu ayırım nazarında değerlendirilmelidir. Serbest hareketli suç; “kanunun suçun gerçekleşmesinde hareketin niteliğini göstermediği suç” olarak tanımlanabilir.¹⁶⁸ Klasik örnek olarak TCK madde 81’ deki kasten öldürme suçu söylenebilir. Bu suç tipinde bir insanı kasten öldüren kişinin cezalandırılacağı belirtilmiş, ancak öldürmenin ne şekilde yapılacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir şekil ya da yolla insan öldüren kişi, bu şekil ve yola bakılmaksızın 81. madde kapsamında cezalandırılacaktır.

¹⁶⁷ Ibid., s. 281

¹⁶⁸ Ibid., s. 283

Bağlı hareketli suç ise; “*kanun tarafından hareketin niteliğinin belirlendiği suçlar*”¹⁶⁹ şeklinde tanımlanabilir. Buna örnek olarak ise; TCK 102. maddede düzenlenen cinsel saldırının “*Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenmesi hâlinde, önceki fıkralarda öngörülen cezaların yarı oranında artırılacağına dair hüküm verilebilir. Zira fail, maddedeki suçu vesayet ya da hizmet ilişkisinden birinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak işleyebilecektir.

Bu iki hareket ve suç türü incelendiğinde 301. maddedeki suçun serbest hareketli bir suç olduğu söylenebilecektir. Zira maddede “alenen aşağılama” tabiri kullanılmış ve bu aşağılamanın ne şekilde yapılacağı özellikle belirtilmemiştir. Dolayısıyla fail söz, yazı, görüntü vb. vasıtalarla bu suçu işleyebilecektir. Önceki bölümlerde değindiğimiz ve alenen aşağılamanın ne şekilde gerçekleşebileceğini kalem kalem belirten Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’ nun 23. maddesinin aksine TCK’ nin 301. maddesinde bu şekilde bir sayma yoluna gidilmemiştir. Dolayısıyla bu suç tipinin serbest hareketli bir suç olduğu söylenebilir.

b- Netice

Eylem unsurunun bir alt ögesi de sonuçtur (netice). “Kanuni tanımda yer alan ve dış dünyadaki hukuki anlamdaki değişiklik”, bu alt unsuru tanımlamak için yeterlidir.¹⁷⁰ Sonuç unsuru da kendi içinde farklı kollarda incelenebilir. Örneğin; “biçimsel- maddi suç”, “zarar- tehlike suçu” veya “ani-mütemadi suç” gibi. Bu ayrımlardan zarar- tehlike suçu ve ani- mütemadi suç ayrımına değinilecektir.

aa- Zarar Suçu- Tehlike Suçu

Zarar suçlarında “*tipik eylemle suç konusunun bir zarara uğraması gerekmekte*”, tehlike suçlarında ise; “*hareket nedeniyle meydana gelen sonucun suç konusu bakımından bir zararı meydana getirme tehlikesi*”¹⁷¹ söz konusudur. Tehlike suçları da kendi içinde soyut ve somut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmakta; soyut tehlike suçlarında, “*suç tipinde tanımlanan hareketin yapılması yeterli olup, suç*

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid., s. 285

¹⁷¹ Ibid., s. 286

konusu üzerinde gerçekten bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılıp saptanmasına gerek olmamakla” beraber; somut tehlike suçlarının, “hareketin suç konusu bakımından somut olayda hâkim tarafından araştırılıp belirlenmesi gereken, gerçek bir zarar tehlikesini meydana getirmiş olması zorunludur.”¹⁷²

301. maddenin bu ayırmadan hangisine girdiğini doğru şekilde belirleyebilmek için 125. maddedeki hakaret suçuna bakmak ve bunun üzerinden bir yorum yapmak gerekmektedir. Genel kabule göre hakaret bir tehlike suçudur. Keza Tezcan/ Erdem/ Önok; *“Hakaret suçunun tehlike suçu olduğu konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte (...)”¹⁷³* ve Yenidünya- Alşahin; *“Hakaret tehlike suçudur. Kanun koyucu suçun oluşabilmesi için hakaretin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmasını yeterli görmüş, rencide edilmiş olmasını aramamıştır. Bu nedenle hakaret suçu soyut tehlike suçudur.”¹⁷⁴* demekle bu hususu bir kere daha belirtmişlerdir.

301. maddedeki suç yukarıdaki ayrıma göre öncelikle tehlike suçu, daha sonra soyut tehlike suçu addedilmelidir. Tehlike suçudur, çünkü suç işlendiği zaman bir zarar meydana getirme tehlikesi vardır. Bu zarar; kurumların saygınlığının, itibarının kamu nezdinde bayağı gösterilmesi şeklinde tezahür eder. Hakeza Artuk/ Caner/ Yenidünya da; *“Kanun koyucu maddede sayılan değer ve kurumların aşağılanması suçun oluşması için yeterli görmüş, başka bir şart aramamıştır.”¹⁷⁵* diyerek bu görüşü benimsemiştir. Soyut tehlike suçudur, çünkü alenen işlenen bu suçta, kamunun maddedeki kurumların saygınlığını gerçekten kaybettiğini düşünmesi ya da buna inanması gerekmez. Maddede aşağılama hareketini gerçekleştiren kişinin fiilen bir tehlike yaratması gerekmez, alenen aşağılamak suçun oluşumu için yeterlidir.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2015, s. 533

¹⁷⁴ Ahmet Caner Yenidünya/ Mehmet Emin Alşahin, **“Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi), Sayı: 68, 2007, s. 68

¹⁷⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 5. Cilt, **op. cit.**, s. 8069

bb- Ani- Sürekli (Mütemadi) Suçlar

Tanım itibariyle ani suçlar, sonucun devam etmeyip derhal tamamlandığı suçlardır. Buna karşın sürekli suçlarda ise hareketin neden olduğu sonuç belirli bir süre devam eder. (TCK madde 109’ daki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gibi)¹⁷⁶

301. maddedeki alenen aşağılama hareketi de nitelik bakımından ani suçlara girecektir. Zira aşağılamada sonuç belirli bir süre devam etmeyecek, hareket tamamlandığı an suç tamamlanmış sayılacaktır. Aşağılamanın uzun bir süre devam etmesi veya bunun farklı zamanlarda yapılması suça sürekli suç niteliği kazandırmayacaktır. Suçun farklı zamanlarda işlenmesi halinde ise ileride değineceğimiz TCK’ nin 43. maddesindeki zincirleme suç hükümleri dikkate alınmalıdır.

c- Nedensellik Bağı (İllyet Rabıtası)

Eylem unsurunun son halkası olan nedensellik bağı hareket ile sonucu birbirine bağlayan bir köprü görevi görmektedir. Bilindiği gibi nedensellik bağının “şartların eşitliği teorisi”, “etkin nedensellik”, “uygun nedensellik” ve “karma uygun nedensellik” gibi farklı türleri mevcuttur. Bunlara tek tek değinmeden katıldığımız görüş olan karma uygun nedensellik bağına göre bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu teoriye göre; somut olayda fail açısından nesnel ve öznel bir değerlendirme yapılmakla beraber nedensellik bağlantısını; *“yapılan hareketten sonra ortaya çıkan sonucun, bu hareketle gerçekleşmesinin normal ve alışlagelmiş olup olmadığı yönündeki değerlendirmeye saptanması gereken bir kavram”* olarak ele alır. Nesnel ya da objektif değerlendirmede üçüncü kişinin deneyimi ve bilgisi değerlendirilip bahsi geçen hareketin sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı bu kıstasa göre belirlenir. Öznel ya da sübjektif değerlendirmede ise; failin şahsi deneyim ve bilgisinin meydana gelen sonucu öngörmeye yeterli olup olmadığı irdelenir.¹⁷⁷ Neticeten nedensellik bağı için en objektif ve hukuken doğru sonuçlar verebilecek teorinin karma uygun nedensellik teorisi olduğunu düşündüğümüz için; 301. maddedeki suçun da bu teoriye göre incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁷⁶ İçel, **op. cit.**, s. 288

¹⁷⁷ **Ibid.**, s. 297- 298

2- Eylemin Tipikliği

Suç genel teorisi kapsamında belki de en önemli öge diyebileceğimiz eylemin tipikliği doktrinde kanuni unsur veya kanunilik gibi isimlerle kendini göstermektedir. Kanunilik ya da eylemin tipikliğini; “*fîlin kanuni tarife uygun olması*”¹⁷⁸ şeklinde açıklayan yazarlar olduğu gibi, “*Cezalandırılabilen eylemin yasalarda tanımı bulunan çerçeve modellerden birine uygun olması*”¹⁷⁹ olarak izah edenler de mevcuttur.

Mevzuata bakıldığında ise; Anayasa’ nın 38. maddesi ile kanunilik ilkesi hakkında bir düzenleme getirildiği görülecektir. Bu maddeye göre hiç kimse işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı gibi, suçun işlendiği zaman kanunda suç için belirlenmiş cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemez. Maddenin devamında suç ve ceza zamanaşımının ve ceza mahkûmiyetinin neticeleri hususunda da bu ilkenin uygulanacağı belirtilmiştir. Son olarak madde ile ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin sadece kanunla koyulabileceği ifade edilmiştir.

AİHS’ te de bu unsur son derece önemli bulunmuş ve madde 7’ de bu husus aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır:

“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

Aynı şekilde TCK’ nin “*Suçta ve cezada kanunilik*” başlıklı 2. maddesi de;

“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

¹⁷⁸ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 361

¹⁷⁹ İçel, **op. cit.**, s. 301

demektedir. Yukarıdaki maddelerden anlaşılacağı üzere kanunilik unsuru ceza hukuku açısından hayati unsurların başında gelir. “*Nullum crimen, nulla poene sine lege*” şeklinde de ifade edilen bu unsurun içine aleyhteki ceza kanunlarının geriye yürümezliği (“*non- retroactivité*”) de girmektedir. AİHM’ in yukarıda değinilen kararında ayrıca ceza hukukunun kıyas yoluyla sanığın aleyhine olarak yorumlanamayıp genişletilemeyeceğini, bunun neticesi olarak suçun açık şekilde kanunda belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁸⁰ Bu ilkenin mefhum-u muhalifinden sanığın lehine olan kanuni düzenlemenin geriye dönük uygulanabileceği anlamı çıkmaktadır.¹⁸¹

Anayasa Mahkemesi ve YCGK da kanunilik ilkesine birçok defa kararlarında değinmiştir. Yakın tarihli kararlara bakılacak olursa AYM, bu unsurun ne tür eylemlerin yasaklandığının bilinmesi, bunlar için öngörülen cezaların hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde kanunla gösterilmesi ve kanunun da açık, sınırlarının belli ve anlaşılır olması anlamlarına gelmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁸² YCGK ise, hangi fiillerin suç teşkil ettiğini ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuyla mahal vermeyecek şekilde kanunda gösterilmesi gerektiğini ve bireylerin işbu yasak fiilleri önceden bilmesinin temel hak ve hürriyetlerin korunmasında bir teminat fonksiyonunun olduğunu belirtmektedir.¹⁸³

Yine YCGK 2016 yılına ait bir kararında; fiilin kanunda “açıkça” suç sayılması gerektiğini, suç ve cezaların şekli olarak kanunla düzenlenmesinin yeterli olmayacağı ve içerik bakımından da belirli amaçları gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu hususu belirlilik ilkesi olarak açıklayan Kurul’ a göre; hangi davranışların suç teşkil ettiğinin açık ve anlaşılır biçimde tarif edilmesi, sınırlarının belli olması ve suç için öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu ilkeyi hukuki güvenlik ile ilişkilendiren Kurul, kişilerin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın bağlandığını bilmeleri gerektiğini, bireylerin ancak bu halde kendisine düşen yükümlülükleri öngörebileceğini ve davranışlarını buna göre şekillendirebileceğini belirtmiştir. Kararda son olarak, hukuk güvenliğinin normları öngörülebilir kılması ve bireylerin

¹⁸⁰ AİHM Daire, 25.05.1993, *Kokkinakis v. Yunanistan Kararı* §52, Baş. No: 14307/ 88

¹⁸¹ AİHM Büyük Daire, 17.09.2009, *Scoppola v. İtalya Kararı (no. 2)* §109, Baş. No: 10249/ 03

¹⁸² AYM, 24.01.2018, Baş. No: 2014/ 16941, 13.03.2018 T.- 30359 no’ lu RG

¹⁸³ YCGK, 16.10.2018, 2017/ 11- 483 E. - 2018/ 427 K.

tüm eylem ve işlemlerinde devlete karşı güven duyabilmesini gerektirdiğini ve devletin, yapacağı düzenlemelerle bu hukuki güveni zedelememesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸⁴

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkemeler de kanunilik unsuruna önem vermekte ve bu unsurun belirlilik, açıklık, sınırlılık, anlaşılabilirlik, erişilebilirlik gibi alt öğeleri olduğuna dikkat çekmektedir.

Önceki bölümlerde de değindiğimiz gibi 301. maddenin ilk hali geniş yorumlanmaya müsaitti ve içeriği tam olarak anlaşılabilir değildi. Maddenin 1926 yılındaki halinin;

“Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasını yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde ahkamı tatbik olunur.”

olduğunu hatırlatmak gerekir. Bu maddedeki manevi şahsiyet ve Türklük ibarelerinin tanımları üzerinde bir uzlaşa bulunmamakla beraber kanunu okuyan kişilerin farklı anlamlar çıkarmaları mümkündür. Bir kişinin Türklüğü tahkir ve tezyif olarak gördüğü ifadeyi diğer bir kişi bu kapsamda değerlendirmeyebilir. Dolayısıyla maddenin ilk halinde bu başlık altında belirtilen kanunilik unsurunun alt öğelerinin tamamıyla mevcut olmadığı söylenebilir.

Daha sonra 1936 değişikliği ve devamında “sövmek, mütecavizane fiil ve hareket” gibi kavramlar maddeye girmeye ve suçun belirlilik ilkesi yıpranmaya başlamıştır. 1946 yılında yapılan değişiklik ile “ima yolu ile olsa dahi” tahkir ve tezyifin bu suç kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Önceki bölümlerde gördüğümüz üzere maddedeki terimler ile sıkça oynanmış ve maddenin içeriği; *“suizanni davet edecek şekilde alenen mütecavizane fiil ve hareketlerde bulunmak”* ya da *“sarahatan zikredilmemiş olsa bile matufiyetinde tereddüt edilmeyecek karinelerin olması”* gibi ifadelerle muğlaklaştırılmıştır. Bununla beraber hareket unsuru da bu süre zarfında değişiklikten nasibini almış ve “tahkir ve tezyif” ibarelerinin yanına “sövmek” ve “mütecavizane fiil ve hareket” gibi unsurlar da eklenmiştir. 2003 değişikliğinde dahi “tahkir, tezyif ve sövme” kastından bahsedilmiştir. Suçun

¹⁸⁴ YCGK, 24.05.2016, 2015/ 228 E. - 2016/ 270 K.

kanunilik unsuru bakımında olumlu olarak nitelendirilebilecek belki de tek büyük çaplı değişiklik 2008 yılında yapılmıştır. Zira maddenin önceki halinde geçen “Türklük” ibaresi, yerini nispeten daha somut olan “Türk Milleti” nin yerine bırakmış, gerekçede ise belirlilik unsurundan bahsedilmiştir:

“Türk Ceza Kanununun 301 inci maddesinde yer alan suç tanımının, ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine uygun olarak yeniden yapılması (...) amacıyla iş bu kanun teklifi verilmiştir.”

Her ne kadar kanun değişikliğinin gerekçesi belirlilik prensibi olarak gösterilmiş olsa da bu gerekçenin fiilen de uygulanması suç ve cezada kanunilik ilkesi açısından son derece elzemdir. Bu konuda AİHM, 301. maddedeki “Türklük” kavramını ve bu kavramın yerini “Türk Milleti” ne bırakmasını kanunilik ilkesi açısından yeterli bulmadığını bazı kararlarında belirtmiştir:

“AİHM, Sözleşme’ nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında “yasayla öngörülen” ifadesinin öncelikle ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta bir temelinin olmasını gerektirdiğini, ancak ilgili yasanın niteliğiyle de bağlantılı olduğunu hatırlatmaktadır. Bu ifade, yasanın ilgili kimse için erişilebilir nitelikte olmasını, böylelikle kendisi açısından sonuçlarını öngörebilmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olmasını gerekli kılmaktadır. (...)

Söz konusu durumda birinci şartın yerine getirilip getirilmediği konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Sonuçta kimse uygulanan önlemlerin yasal bir temeli olup olmadığını sorgulamamaktadır: Olayların geçtiği dönemde yürürlükte olan ve eski Ceza Kanunu’nun 159. maddesinin yerini alan ve Türklüğü tahkir suçunu cezalandıran Yeni Ceza Kanunu’nun 301. maddesi bu yasal dayanağı teşkil etmektedir.

Bu durumda geriye oldukça geniş kapsamı olan “Türklük” kavramının, başvuranların ileri sürdüğü gibi, söz konusu hukuk normlarının öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliğini azaltıp azaltmadığını tespit etmek kalmaktadır. Yargıtay eğer bu terimi yalnızca Türk etnik kökenli bireylerin ortak değer ve geleneklerini içeren bir terim olarak yorumlamış olsaydı, Anayasadaki din ya da etnik köken ayrımı yapılmadan tüm vatandaşları kapsayan “Türk” tanımı ile ters düşmüş olacaktı. Mahkeme, başvuran Fırat Dink’in Ceza Kanununun 301. maddesi gereğince

*suçlanmasının öngörülebilirliği konusunda ciddi şüphelerin ortaya çıkabileceği kanaatindedir. (...)*¹⁸⁵

Bir başka kararda;

“Mahkeme görüşünde, yasa koyucuların değerlerin ve Devlet kurumlarının kamu tarafından aşağılanması korunması ve muhafaza edilmesi yönündeki amacı belirli ölçüde anlaşılabilirken, Ceza Kanunu’nun 301. Maddesi uyarınca kavramların kapsamını yargı tarafından yorumlandığı şekliyle çok geniş ve belirsizdir ve bu nedenle hüküm ifade özgürlüğü hakkının kullanılması önünde sürekli tehdit teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle, hükmün içeriği bireylerin tutumlarını düzenlemelerine veya eylemlerinin sonuçlarını öngörebilmelerine olanak tanımaz. Bu hüküm uyarınca açılan soruşturma ve kovuşturmalardan açık olduğu üzere, incitici, kırııcı veya rahatsız edici olarak değerlendirilen her türlü görüş veya fikir, rahatlıkla savcının açacağı suç duyurusuna tabi olabilir.

Bu nedenle Ceza Kanunu’nun 301. Maddesi’nin, kabul edilemez bir biçimde geniş kavramları, etkilerine ilişkin olarak öngörülebilirlik eksikliğine neden olduğu için Mahkeme’nin yerleşik içtihadının gerektirdiği “kanun niteliğini” karşılamadığı sonucu çıkarılır.

*Yukarıdaki değerlendirmeler, Mahkeme’nin söz konusu müdahalenin kanun ile öngörülmediği sonucuna ulaşmasını sağlamak için yeterlidir.*¹⁸⁶

diyerek AİHM, 301. maddedeki Türklük ve Türk Milleti ibarelerinin muğlak ve yargı mercilerince geniş yorumlanabilecek kavramlar olduklarını belirtmiştir. Aynı şekilde eski kanun metnindeki “tahkir ve tezyif” kavramlarının içeriği Yargıtay kararlarında açık ve net şekilde ifade edilmemiştir. Örneğin YCGK bir kararında;

*“Suçun maddi ögesi, maddede belirtilen kavramların varsayılan tüzelkişiliklerine yönelik, onları aşağılayan, hor gören, küçük düşüren, onurlarını zedeleyici hareketler olup, ne tür fiil ve sıfatların tahkir ve tezyif edici olduğu toplumda hakim olan ortalama anlayış, örf ve adetlere göre belirlenir.*¹⁸⁷

¹⁸⁵ AİHM 2. Daire, 14.09.2010, *Dink v. Türkiye Kararı* §114- 116, Baş. No: 2668/ 07, 6102/ 08, 30079/ 08, 7072/ 09 ve 7124/ 09), Çev.: T.C. Adalet Bakanlığı, 2013

¹⁸⁶ AİHM 2. Daire, 25.10.2011, *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye Kararı* §93, 95, 96, Baş. No: 27520/ 07, Çev.: T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2011

¹⁸⁷ YCGK, 03.07.2001, 2001/ 9- 132 E. - 2001/ 155 K.

demek suretiyle suçu oluşturan hareketin tam olarak tanımını yapmaktan kaçınmıştır.

TCK madde 301' in bugünkü haline bakılacak olursa madde ile; Türk Milleti' ni, Türkiye Cumhuriyeti Devleti' ni, Türkiye Büyük Millet Meclisi' ni, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti' ni, Devlet' in yargı organlarını, Devlet' in askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılamanın suç olarak kabul edildiği görülecektir. Esasında bu kurumlar ile alakalı “Korunan Kurum ve Değerler” bölümünde yaptığımız açıklamalarda bu kavramlardan bazıları üzerinde bir uzlaşma olmadığı ve içinde farklı öğeleri ihtiva edebileceği belirtilmiştir. 2017 Anayasa değişikliği ile işlevini yitiren Hükûmet kavramı bunun en güncel örneği olacaktır. Bununla beraber yargı organları konusunda doktrinde hâlâ fikir birliğine varılamayan Sayıştay gibi kurumların olduğuna da yine aynı bölümde değinilmiştir. Kanunilik unsurunun sağlamlaştırılması maksadıyla maddede sayılan kurum ve değerlerin neler olduğunun ve kapsamına nelerin girdiğinin belirtilmesi yerinde olacaktır. Yapılması gereken bu izahatın madde metninde olmasının maddenin içeriğini kalabalıklaştırabileceği ve bu sebeple onu karmaşık ve anlaşılmaz bir yapıya sokabileceği endişesine binaen; kurumların kapsamının madde gerekçesinde belirtilmesi, gerekirse üzerinde uzlaşa sağlanamayan bazı kurumların maddede sayılan müesseselere girip girmediğinin açıklanması gerekmektedir. Zira unutulmamalıdır ki; kanunilik unsuru suç ve cezanın yapı taşı olup bu unsurlardaki noksanlık hukuk güvencesine hâlel getirecektir.

Son olarak önceki bölümlerde bahsedilen AİHM' in *Grigoriades v. Yunanistan Kararı*' na değinmek gerekir. Karara konu olayda başvuru askerlik hizmetini yaparken izin süresi içinde firar etmiş ve üstüne bir mektup yollamıştır. Mektubun muhtelif pasajlarında;

“Ordu, insana ve topluma karşı bir cihaz olup, niteliği gereği barışla çelişmektedir.

(...)

Ordu, bir yıldırı havası yaratmak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak suretiyle, bir suç ve terör cihazı olarak kalmaya devam ediyor; insanları, gayri liberal ve baskıcı bir Yönetmelik (No.20 – I) vasıtasıyla, siyasal

kanaatlerin fişlenmesi ve diğerleri tarafından güdülen bir korku hiyerarşisi kurma suretiyle, insan doğasını yıkan ve insanların dostluk ve sevgi ilişkilerini bağımlılık ilişkisine dönüştüren baskı cihazının basit bir parçası haline dönüştürmeyi amaçlıyor.”

demek suretiyle başvuru, mahkeme tarafından “orduyu aşağılamak” suçundan mahkum olmuştur. Yunanistan Askerî Ceza Yasası’ nın 74. maddesi ise; “*Bayrağı ve silahlı kuvvetleri aşağılama*” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bayrağı, silahlı kuvvetleri veya bir komutanlık amblemini aşağılayan silahlı kuvvetler mensubu bir kimse, altı aydan az olmamak üzere hapisle cezalandırılır. Suçu işleyen bir subay ise, rütbesi geri alınır.”

AIHM olayla ilgili kararda suçun kanunilik unsuru ile alakalı olarak şu şekilde bir izahatta bulunmuştur:

“Mahkeme, ilgili ulusal hukukun, kişilerin bir hareketinin yol açacağı sonuçları gerektiğinde uygun hukuki mütalaayla, mevcut şartlar altında makul bir ölçüye kadar önceden bilebilmelerini mümkün kılacak açıklıkta formüle edilmesi gerektiği yönündeki içtihatlarını hatırlatır.

Yunanistan Askeri Ceza Yasasının 74. maddesinin suçu çok geniş terimlerle ifade ettiği doğrudur. Ancak yine de, Mahkeme’ nin görüşüne göre bu madde, yukarıdaki standardı taşımaktadır. “Kırıcı” terimine çok yakın olan “aşağılama” sözcüğünün olağan anlamı bakımından dahi, başvuru cezai bir yaptırıma uğrama tehlikesine girebileceğini anlamış olmalıydı. Buradan çıkan sonuca göre şikayet edilen müdahale, “hukuken öngörülmüş” tür.”¹⁸⁸

Görüldüğü üzere AIHM’ e göre; kanun metninde her ne kadar “aşağılama” gibi muğlak bir ifade kullanılsa ve bu hareketin içeriği Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’ ndaki gibi açıkça belirtilmese de, bu hareketin neleri kapsayabileceği konusunda kişilerin bazı öngörülerinin olması gerekir. TCK’ nin 301. maddesi için de aynı yorum yapılabilir. Zira bu maddede de hareket olarak “alenen aşağılamak” tabiri kullanılmış, ancak bu kavramın içeriği maddede belirtilmemiştir. Dolayısıyla her ne kadar kanunda

¹⁸⁸ AIHM Büyük Daire, 25.11.1997, *Grigoriades v. Yunanistan Kararı*, Baş. No: 24348/ 94, (Çev.: Doğru/ Nalbant, **Ibid.**, s. 340- 346)

açık olarak belirtilmese de kişilerin aşağılama kapsamına bazı söz ve eylemlerin girebileceğini tahmin etme ihtimalleri mevcuttur.

B- Hukuka Aykırılık

Suç genel teorisi kapsamında değinilmesi gereken ikinci ana başlık hareketin hukuka aykırılığıdır. Dönmezer/ Erman, Jimenez de Asua' nın¹⁸⁹ tanımını örnek göstererek hukuka aykırılık için; *“işlenen ve kanundaki târife uygun bulunan fiile, hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız Ceza hukuku değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması”*¹⁹⁰ açıklamasında bulunmuştur. Yazarlara göre hukuka aykırılık unsuru kanun metni dışında başka bir yerden çıkartılmamalı, kanunun *“ratio legis”*¹⁹¹ ine bakılmalı ve yapılan hareket bu amacın içinde değerlendirilebiliyorsa hukuka aykırılığın oluştuğu söylenmelidir.¹⁹²

Hukuka aykırılık incelenirken asıl önemli olan hukuka uygunluk sebeplerinin analiz edilmesidir. Hukuka uygunluk sebepleri, *“hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran, fiili ceza kuralının amacına aykırı bir hale getirmeyen sebepler”* şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹³ TCK' nin 24. ve 25. maddelerinde düzenlenen *“Kanunun hükmü ve amirin emri”* ile *“Meşru savunma”* örneklerinde olduğu gibi mevzuatın muhtelif yerlerinde bu sebepleri bulmak mümkündür. Hukuka uygunluk sebepleri 301. maddedeki suç kapsamında da incelenmelidir. Bu sebeplerin hepsi incelenmeyecek, sadece suç ile bağlantılı ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedilecektir.

1- Hukuka Uygunluk Sebepleri

a- Hakkın Kullanılması

TCK' nin *“Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası”* başlıklı 26. maddesinin ilk fıkrasında *“Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”* demek suretiyle bir hukuka

¹⁸⁹ 1889- 1970 yılları arasında yaşamış İspanyol ceza hukuku profesörü

¹⁹⁰ Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: II, 12. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim 1999, s. 1- 2

¹⁹¹ Kanunun konuluş amacı, esas fikri

¹⁹² Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 17

¹⁹³ **Ibid.**, s. 18

uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Esasen bu madde geniş bir anlama sahip olduğu için bu hukuka uygunluk nedenine 301. madde kapsamında hangi alt başlıkların gireceği de iyi belirlenmelidir. Bunlar; “düşünce ve ifade özgürlüğü”, “savunma hakkı”, “basın hürriyeti ve haber alma özgürlüğü” ve “eleştiri hakkı” dır. Bu alt başlıkların muhteviyatı ve 301. madde ile olan bağlantısını anlayabilmek için bahsi geçen temel hak ve hürriyetler tek tek incelenmelidir.

aa- Düşünce Özgürlüğü

Düşünce özgürlüğü Anayasa’ nın 25. maddesinde “*Düşünce ve kanaat hürriyeti*” başlığı altında düzenlenmiş olup;

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

Aynı şekilde “*Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*” başlıklı 15. madde de savaş, seferberlik ve olağanüstü hal durumlarında dahi kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını ve bunlardan dolayı suçlanamayacağını belirtmiştir. Bununla beraber Anayasa madde 24’ te yer alan “*din ve vicdan hürriyeti*” başlığının ilk fıkrasına göre;

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 9. maddesinde belirtilen “*Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü*” başlığının ilk fıkrası altında da;

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”

demekle bu hak ve özgürlük düzenlenmiştir.

Düşünce özgürlüğü; din ve vicdan özgürlüğü, kanaat özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile birlikte yürüyen ve bunların temelini oluşturan bir hürriyettir. Dolayısıyla düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün birbirini tamamlayan iki kurum

olup birbirinden bağımsız düşünölemeyeceğı söylenebilir. Kişinin bir hususu özgürce ifade edebilmesi için bu hususu öncelikle hür bir şekilde düşünöbilmesi ve bu düşünöcesi nedeniyle cezalandırılmaması gerekir. Bununla beraber bu inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme TCK' nin 115. maddesince bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre;

“Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değıştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

301. maddenin üçüncü fıkrasında da kanun *“Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz”* demekle ileride değineceğimiz eleştiri hakkını koruduğı gibi, bunun başlangıç noktası olarak addedebileceğimiz düşünce ve ifade özgürlüğünü de koruma altına almak istemiştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel hürriyetlerle yakinen bağlantılı olduğı için; AİHM kararlarında da salt düşünce özgürlüğünün yorumlandığı az sayıda karar olmasına rağmen, bu hürriyetlerin birkaçının irdelendiğı kararlar çoğunluktadır. Bu kararlardaki hukuki değlendirmeler göz önüne alınacak olursa;

“9. maddede korunduğı üzere, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla “demokratik bir toplum”un temellerinden birini oluşturur. Bu özgürlük, dini boyutuyla, inananların kimliğini ve yaşam anlayışlarını oluşturan en yaşamsal unsurlardan biridir, fakat aynı zamanda ateist, agnostik, skeptik ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Bedeller ödenerek kazanılması yüzyılları bulan demokratik bir toplumun ayrılmaz parçası olan çoğulculuk ona bağlıdır. Bu özgürlük, inter alia, bir dini inanca sahip olma ya da olmamama, bir dini uygulama ya da uygulamama özgürlüklerini içerir (...).”¹⁹⁴

“Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında, üçüncü başvurucunun birbirini izleyen okul karnelerinde “din/ahlak” dersi notunun bulunmamasının, Sözleşme'nin 9. maddesince korunan düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün negatif unsurunun kapsamına girdiğini tespit eder; zira bu kendisinin dini bir aidiyetinin bulunmadığı şeklinde yorumlanabilecektir.

¹⁹⁴ AİHM Büyük Daire, 01.07.2014, S.A.S v. Fransa Kararı, §124, Baş. No: 43835/ 11

(...)

Mevcut olayda başvurucunun anne babasının tekrar tekrar talepte bulunmasına rağmen, okullar ahlak dersi açamadıkları için öğrencinin karnesinde “din/ahlak” notu bulunmamaktadır. Mahkeme, “din/ahlak” için bir notun bulunmayışının, herhangi bir makul insan tarafından, başvurucunun yaygın olarak mevcut olan din eğitimi sınıflarına katılmadığının bir belirtisi olarak anlaşılabileceği ve bundan dolayı dini inancı bulunmayan bir kimse olarak görülmesinin muhtemel olduğu kanaatindedir.”¹⁹⁵

“Başvurucu askerlik yapmayı reddetmesinden dolayı mahkum edilmesinin Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlalini oluşturduğunu iddia etmektedir.

(...)

Mahkeme, başvurucunun askerliğe gitme çağrısına cevap vermemesini, dini inanışlarının açığa çıkarılması olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla başvurucunun askere gitme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı mahkum edilmesi, başvuru için 9 § 1 maddesi ile güvence altına alınan dinini açığa çıkarma özgürlüğünün kullanımına bir müdahale oluşturmaktadır. Bu müdahale, « yasa ile öngörülmemesi », 2. bende göre meşru amaçlardan birine yönelik olmaması ve « demokratik bir toplumda gerekli olmaması » durumunda 9. maddeye aykırıdır.”¹⁹⁶

Bu kararlardan görüldüğü üzere düşünce, din, vicdan, kanaat ve ifade özgürlükleri birbirleriyle sıkı bir ilişki içerisinde ve AİHM tarafından bu hürriyetlerin önemi kararlarda defaatle vurgulanmıştır.

bb- İfade Özgürlüğü

Bu noktada ifade özgürlüğüne ayrı bir parantez açmak gerekir. Kişinin iç dünyasındaki düşüncenin dış dünyaya aktarımı ve diğer kişilere deklare edilmesi olarak adlandırabileceğimiz ifade özgürlüğü 301. madde kapsamında belki de üzerinde en çok durulması gereken müessesedir. Anayasa’ nın 26. maddesi “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” kapsamında bu özgürlüğü tanımlamıştır:

¹⁹⁵ AİHM 4. Daire, 15.06.2010, *Grzelak v. Polonya Kararı* §88 ve 95, Baş. No: 7710/ 02

¹⁹⁶ AİHM Büyük Daire, 07.07.2011, *Bayatyan v. Ermenistan Kararı*, §71 ve 112, Baş. No: 23459/ 03

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”

Kanun koyucu, maddenin sonraki fıkralarında ise bu hürriyetin sınırlarını çizmiş ve bu özgürlüklerin millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet’ in temel nitelikleri ve Devlet’ in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceğini belirtmiştir.

Bununla beraber haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümlerin, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmayacağı da ifade edilmiştir.

İfade özgürlüğü AİHS’ in 10. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“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.

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.”

AİHM kararlarında ifade özgürlüğünün içerisine nelerin girdiği belirtilmiştir:

“10. madde sadece bazı bilgileri, düşünceleri ya da (özellikle siyasi nitelikli olan) ifade şekillerini değil [...]; sanatsal ifadeleri [...], ticari neviden bilgileri [...] ve hatta hafif müzik ve kablolu televizyon vasıtasıyla nakledilen reklamları [...] da kapsar.”¹⁹⁷

“İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgisiz, önemsiz görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil; Devletin veya nüfusun bir bölümünün hoşuna gitmeyen, şok edici, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her 'formalite', 'koşul', 'yasak' ve 'ceza', izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.”¹⁹⁸

“İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin öz-güveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Madde'nin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” veya “fikirlere” için değil aynı zamanda kırıci, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir “demokratik toplumun” olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. 10. Maddede belirtilen şekilde bu özgürlük, ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir.”^{199 200}

“İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel özelliklerinden biridir ve demokrasinin gelişimi ve her bireyin tatmin olması için gerekli temel şartlardan birini oluşturur. 10. maddenin 2. paragrafıyla ilgili olarak ifade özgürlüğü, sadece zararsız olarak nitelendirilen “bilgi” ya da “fikirlere” değil, aynı zamanda zararlı, rahatsız edici durumlara da uygulanır. Bütün bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlü olmanın gereğidir ve bu üç unsur demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarıdır.”²⁰¹

¹⁹⁷ AİHM Daire, 24.02.1994, *Casado Coca v. İspanya Kararı* §35, Baş. No: 15450/ 89

¹⁹⁸ AİHM Genel Kurul, 07.12.1976, *Handyside v. Birleşik Krallık Kararı* §49, Baş. No: 5493/ 72

¹⁹⁹ AİHM Büyük Daire, 08.06.1999, *Arslan v. Türkiye Kararı* §44, Baş. No: 23462/ 94

²⁰⁰ AİHM Büyük Daire, 08.07.1999, *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye Kararı* §61, Baş. No: 23536/ 94 ve 24408/ 94

²⁰¹ AİHM Büyük Daire, 08.07.1999, *Ceylan v. Türkiye Kararı* §32, Baş. No: 23556/ 94

Yukarıdaki düzenlemelerden görüleceği üzere ifade özgürlüğü her ne kadar önemli bir hürriyet olarak sayılsa da birçok şekilde sınırlandırılabilme ihtimali mevcuttur. Bu husus hem Anayasa’ da, hem AİHS’ te hem de AİHM içtihatlarında vurgulanmıştır. Bu sınırlandırmaları kabul eden AİHM, aynı zamanda devletlerin kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı düzenlemelerini belli başlı kıstaslara göre yapmaları gerektiğini belirtmiş ve devletlerin bu düzenlemeleri yaparken keyfi şekilde hareket edemeyeceğini birçok kararında belirtmiştir.²⁰²

AİHM’ in, AİHS’ in 10. maddesinden ve içtihatlarından yola çıkarak belirlediği ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında temel alınacak ölçütleri şu şekilde sıralamak mümkündür: “Ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu emniyeti, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve itibarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı organlarının yetke ve tarafsızlığının korunması”. Bunun yanında bu sınırlamaların, sınırlama getiren devletin kanunlarında düzenlenmiş olması ve demokratik bir toplumda gerekli olması da ayrı birer şart olarak zikredilmiştir.

AİHM, kararlarında bu ölçütlerin içeriğine de girmiştir:

“(...) 10. maddede ileri sürüldüğü gibi, bu özgürlük dikkatli bir şekilde belirlenmesi gereken bir takım istisnalara tabidir ve herhangi bir kısıtlama ihtiyacı, ikna edici açıklamalarla birlikte belirlenmelidir. Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafının anlamı dahilindeki "gerekli" kelimesi "acil bir sosyal ihtiyacın" varlığını ima etmektedir. Böyle bir ihtiyacın varolup olmadığını değerlendirirken, Sözleşmeye imza atan devletlerin sahip olduğu belli bir takdir sınırı vardır, fakat bu yetki, bağımsız bir mahkeme tarafından verilen kararlar da dahil olmak üzere, hem kanunları hem de bu kanunları uygulayan kararları da içine alacak şekilde Avrupa denetimi ile uyum içindedir. Bu nedenle Mahkeme, bir "kısıtlamanın" veya "cezanın" 10. Madde ile korunan ifade özgürlüğü ile uyumlu olup olmadığı konusunda son kararı vermeye yetkilidir.”²⁰³

AİHM bazı durumlarda ifade özgürlüğü kapsamını genişletmiş ve kişi aleyhine başlatılan soruşturma, kovuşturma gibi yargısal işlemlerin de 10. madde ihlali olabileceğini belirtmiştir:

²⁰² AİHM Genel Kurul, 07.12.1976, *Handyside v. Birleşik Krallık Kararı* §49, Baş. No: 5493/ 72

²⁰³ AİHM Büyük Daire, 08.07.1999, *Ceylan v. Türkiye Kararı* §32, Baş. No: 23556/ 94

“(...) başvuran aleyhine açılma olasılığı olan soruşturmanın başvuranı strese sokacağı, kaygılandıracağı ve kovuşturma açılması korkusu yaratacağı gerçeği kabul edilebilir. Bu durum ayrıca 301. Madde uyarınca kovuşturma açılma riskini önlemek için başvuranın akademik çalışmalarında kendisini sınırlandırarak tutumlarını değiştirmeye zorlamıştır.

(...)

Mahkeme, başvuran aleyhindeki suç duyurusunun ve Ermeni konusuna ilişkin Türk ceza mahkemelerinin bakış açısı ve soruşturma açısından başvuran aleyhine kamu tarafından başlatılan kampanyanın bu konu hakkında “aleyhte” görüş bildiren kişilerin maruz kalacağı kovuşturma riskini doğruladığı sonucuna ulaşır ve başvuranın yüzleştiği tehdidin gerçek olduğunu ortaya koyar. Bu şartlarda, Mahkeme Sözleşme’nin 10. Maddesi uyarınca başvuranın ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edildiğini belirtir.”²⁰⁴

Yukarıda alıntılanan kararlardan anlaşılacağı üzere; AİHM ifade özgürlüğüne büyük önem vermekte, bu özgürlüğe getirilen kısıtlamaların olabileceğini ifade etmekte; ancak bu sınırlamaların meşru bir amacı olması, hukuken öngörülüyor olması ve demokratik bir toplumda gerekli olması lüzumunu vurgulamaktadır.

cc- Basın ve Haber Alma Özgürlüğü

301. madde kapsamında incelenmesi gereken bir başka hürriyet ise basın özgürlüğü ve bununla bağlantılı olan kamunun haber alma özgürlüğüdür. Anayasa’ da “*Basın ve yayımla ilgili hükümler*” başlığı altında 28. madde ve devamında düzenlenen bu hürriyet AİHS’ in 10. maddesindeki ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Zira bu maddede ifade özgürlüğünün içine; “haber ve görüş alma ve verme” özgürlüğünün de gireceğinden bahsedilmiştir. Bununla beraber Dönmezer/ Erman’ ın yaptığı tespiti burada değinmek gerekir;

“Haber verme fonksiyonu, gazetecinin, sırf gazete çıkarma özgürlüğünün bir ülkede tanınmış olmasından doğan subjektif bir hakkı olduğu kadar, kamunun da olayları öğrenmek ve kendince değerlendirmek hususunda kamusal nitelikte bir

²⁰⁴ AİHM 2. Daire, 25.10.2011, *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye Kararı* §75, 82, Baş. No: 27520/ 07, Çev.: T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2011

*“haber alma” hakkını da ifade eder ve bu hak, gazetecinin haber verebilmesini mümkün kılar; hatta haber verilirken hukuken aranan şey, haberin gerçeğe uygun olmasından çok, gazetecinin, kendisine tanınan objektif ve sübjektif sınırları içinde kalmasından ibarettir.”*²⁰⁵

Çoğu yazara göre günümüzde bu özgürlük içinde kitle haberleşme araçları önemli bir yere sahiptir. Bu araçlara; televizyon, radyo, internet, sinema, tiyatro, videobantları ve ses bantları gibi birçok öge girer.²⁰⁶ Bu unsurlardan belki de en sık kullanılanı internettir. AİHM de internetin önemini birçok kararında vurgulamıştır. Buna örnek olarak 2008 yılında Türkiye’ de Youtube sitesinin kapatılması üzerine yapılan başvuru için ifade ettiği şu sözler verilebilir:

“Aynı zamanda, internetin günümüzde bireyler tarafından haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarını kullanmalarında başlıca araçlardan biri haline geldiğini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir: İnternette, siyasi sorunlar ya da kamu menfaati ile ilgili çalışmalara ve tartışmalara katılmaya yönelik temel araçlar bulunmaktadır.

(...)

*“Öte yandan, Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesiyle “herkesin” haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü güvence altına alındığını ve bu özgürlüğün kullanılmasında ne aranılan amacın niteliğine ne de kişilerin rollerine –gerçek ya da tüzel– göre ayırım gözetilmediğini hatırlatmaktadır. 10. madde yalnızca bilgilerin içeriğiyle ilgili olmayıp aynı zamanda bu bilgileri yayınlama araçlarıyla da ilgilidir; zira bunlara getirilen her türlü sınırlama haber alma ve verme hakkını etkilemektedir. Nitekim Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesinin yalnızca haber verme hakkını değil, fakat aynı zamanda halkın haber alma hakkını da güvence altına aldığını tekrar ifade etmektedir (...).”*²⁰⁷

AİHM basın özgürlüğünün önemini kararlarında defaatle vurgulamıştır:

²⁰⁵ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 43

²⁰⁶ Kayıhan İçel, **Kitle İletişim Hukuku**, 13. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2018, s. 47- 50 ve Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Kasım 2016, s. 488

²⁰⁷ AİHM, 01.12.2015, *Cengiz ve Diğerleri v. Türkiye Kararı* §49 ve §56, Baş. No: 48226/ 10 ve 14027/ 11

*“Basın özgürlüğü, halkın siyasal liderlerin düşünceleri ve davranışları hakkında fikir sahibi olabilmeleri için en iyi araçlardan biridir. Özellikle siyasetçilere, kamuoyunun zihnini meşgul eden sorunlar hakkında düşüncelerini ve yorumlarını belirtme fırsatı vermektedir. (...)”*²⁰⁸

*“Basının, diğerlerinin yanı sıra, özellikle “başkalarının şeref ve haklarının korunması” yla ilgili koyulmuş bazı sınırları aşmaması gerekir; buna karşın kamu yararı taşıyan meseleler üzerine haberler ve fikirleri yayma görevi de basına düşmektedir. Basının haber verme işlevine, halk için bu haberleri alma hakkı eşlik etmektedir. Böyle olmasaydı basın asli görevi olan “bekçi köpeği” rolünü oynayamazdı (...).”*²⁰⁹

*“Basın, demokratik bir toplumda önemli bir rol oynamaktadır: özellikle de itibarın korunması açısından bazı sınırları aşmaması gerekse de, kendi görev ve sorumluluklarına riayet çerçevesinde kamu yararına ilişkin tüm konularda haber ve fikirleri iletme görevi de basına düşmektedir (...). Basın özgürlüğü, aynı zamanda belli bir dozda abartıya ve hatta provakasyona başvurmayı da içermektedir (...).”*²¹⁰

Bunun gibi kararlar çoğaltılabilir. Kısaca AİHM; basını, basın alma özgürlüğünü ve haber alma hakkını toplum için son derece zaruri bir unsur olarak görmüş ve basının önemli görevleri olduğunu, bu görevlerini hakkıyla yerine getirilebilmesi için de sansür gibi bu göreve ket vurabilecek bazı araçlara başvurulmasının son çare olması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanında Yüksek Mahkemece haber alma hakkının, basın özgürlüğü ile sıkı bir ilişkide olduğu da vurgulanmıştır.

Dönmezer/ Erman ekolünü benimseyen Özek’ e göre ise basın özgürlüğü kapsamında bir haberin hakkın icrası kapsamında değerlendirilebilmesi için şu şartları taşıması gerekmektedir:

“a) Haberin, eleştirinin ve incelemenin gerçeğe uygunluğu ve haber niteliğini sağlayacak toplumsal ilginin bulunması

²⁰⁸ AİHM Daire, 23.04.1992, *Castells v. İspanya Kararı* §43, Baş. No: 11798/ 85, (Çev.: Doğru/ Nalbant, **Ibid.**, s.306- 315)

²⁰⁹ AİHM 4. Daire, 10.03.2009, *Times Newspapers Ltd. v. Birleşik Krallık Kararı* §40, Baş. No: 3002/ 03 ve 23676/ 03

²¹⁰ AİHM 2. Daire, 14.09.2010, *Dink v. Türkiye Kararı* §124, Baş. No: 2668/ 07, 6102/ 08, 30079/ 08, 7072/ 09 ve 7124/ 09), Çev.: T.C. Adalet Bakanlığı, 2013

b) *Haberin objektif sınırlar içinde verilmesi. Yani hak ile fiil arasında mantıklı bir nedensellik bağının, anlatılmak istenen konu ile anlatış biçimi arasında uygunluk bulunması*

c) *Hakkın sübjektif sınırları içinde kalınması, yani, hakkın kullanılmasının, belirli bir suç işlemek maksadıyla kullanılmaması*”²¹¹

301. maddede suçun hareket unsuru “alenen aşağılamak” tır. Bu aleniyet kitle iletişim araçları ile de gerçekleşebilir. Bunlara gazete, makale gibi yazılı basın olabileceği gibi, televizyon programı ya da internetten yapılan bir paylaşım olarak da kendini gösterebilir. Dolayısıyla eğer basın yoluyla 301. madde kapsamına giren bir suç olduğu kanısı varsa, öncelikle AİHM içtihatlarından basın özgürlüğünün kapsamına bakılmalı, kamu yararı ve toplumun haberdar edilmesi gibi kıstaslara bakılarak durum değerlendirilmelidir.

dd- Eleştiri Hakkı

Değinilmesi gereken son temel hak ve özgürlük bireyin eleştiri hakkıdır. Dönmezer/ Erman bu konu hakkında; “*Kuşkusuz, haber verme hakkı, eleştiri hakkını da gerektirir ve kapsar ve bu hak da basının bir hakkı ve görevi olur. Basın hürriyetinin kapsadığı en önemli hak, haber, fikir, kanaat ve düşünceleri yorumlamak ve analiz edebilmektir.*”²¹² demek suretiyle eleştiri hakkının önemli ve elzem bir husus olduğunu ve basın özgürlüğü ile kol kola ilerlediğini belirtir.

Özek’ e göre ise; her ne kadar siyasi organların saygınlığının korunması önem arz etse de bu durum, işbu kurumların eleştirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak siyasi eleştiri ile tahkir arasındaki sınır da iyi belirlenmelidir. Bunun için bazı kurallar getiren yazar bunları şu şekilde sıralamıştır:

“a) *Siyasi iktidarı kullanan kişilerin kişilikleri ile ilişkili ve onları tahkir edici nitelikteki fiiller, organın tahkiri anlamına gelmez. Tahkir fiilinin, tüm organı ve organ olarak göz önünde bulundurulması, organın varlığı, «manevi şahsiyetini» hedef alması zorunludur.*

²¹¹ Çetin Özek, **Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1976, s. 186- 187

²¹² Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 43

b) (...) adeta «tipiklik» unsurunu ihlal edecek nitelikte, geniş tabirler, elastiki deyimlerle ifade edilen siyasi organlara karşı fiil tanımları, hakkın icrasını engelleyici, siyasal eleştiri hakkını yok edici nitelikte kabul edilmek gerekir. Belirtilen nedenlerle, devletin şahsiyetinin prestijinin korunmasına, siyasal organların tahkirine yönelik fiillerin kesin tanımlara bağlanması, hakkın sınırlarının belirlenmesi açısından zorunludur.

c) (...) Siyasal iktidarda bulunan ve siyasal iktidarın yetkilerini kullanan kişilerin, kendilerini kamuya açmış bulunmaları nedeniyle «özel hayatın gizliliği» yönünden olsun, eleştiriye açıklık yönünden olsun, sadece vatandaşa oranla, eleştirilerin daha ağırına açık bulunmayı, siyasal görevi kabul etmeleriyle peşinen kabul edilmiş demektir. Bu açıdan, eleştiriye açıklığın peşinen kabulü, bu eleştiriye yerine getirenler açısından bir hak doğurmuş olmaktadır. Bu hakkın genişliği de, demokrasilerin «açıklık» niteliğinin sonucu ve «kamu yararı» gereğidir.

d) Hakaret suçları genellikle «özel kast»ın varlığına bağlıdır. Bu açıdan da, «animus consulendi - eleştiri, bilgi vermek» kastıyla yapılan düşünce açıklamaları, söz konusu olan kişi veya organlar yönünden, onları küçük düşürücü bir etkenlik yaratsa bile, hakkın icrasının içinde kabul edilir ve suç teşkil etmez. Kişilerin siyasal hürriyeti siyasal organların politik eleştirisini yapmak hakkını da ifade eder.”²¹³

Özek bu son maddede belirttiği politik eleştiri sınırlarının çizilmesinde de bazı kıstaslar getirilmesi gerektiğini belirtmiştir:

- “Siyasal organların siyasal tutumu, eylemi ve politikasının eleştirilebilmesi her zaman mümkün olduğu için, objektif nitelikte olan «siyasal iktidar politikasının» ağır bir şekilde eleştirilmesi dahi, anayasal organların tahkiri anlamını taşımayacaktır.
- Siyasal eleştirinin, eleştiri konusu olan siyasi iktidar tutum, işlem ve politikasının içeriği ile mantıki bağlantısının bulunması, eleştirinin eleştiri konusu olan hususlarla nedensellik bağının bulunması gerekir.
- Eleştiriye, anayasal düzenin öngördüğü «düşünce açıklama hürriyetinin» sonucu olarak kabul etme gerektiği için; politik tutum, eğilim ve işlemler her

²¹³ Özek, *Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar*, op. cit., s. 187- 189

zaman için haber niteliği olan, kamuyu ilgilendiren konular olarak kabul edilmek zorundadır ve bu konulardaki düşünce açıklamalarını, eleştirileri ve incelemeleri, politik haklar içinde düşünmek gerekir.

- *Tahkir kastının bulunmasına rağmen, politik eleştirinin objektif sınırının aşılmaması ve gerçeğe uygunluk durumunda kişi cezalandırılmamalıdır, yoksa kişinin iradesi cezalandırılmış olur.*
- *Eleştiriye konu edilen olayın gerçekliği söz konusu olmalıdır. Gerçeğe aykırı isnatta bulunup bunun eleştiri konusu yapılması durumunda tahkir kastı da mevcutsa hakkın sınırları aşılmış olacaktır.*
- *Sistemli, belirli bir tezi ortaya koyan görüşleri kavramsal olarak kapsayan “düşünce” nin içinde yer alamayacak ifadeler eleştiri hakkı kapsamında değerlendirilmez.”²¹⁴*

Görüldüğü üzere Özek, devlet aleyhine işlenen suçlar özelinde eleştiri hakkının kullanılması hususunda ayrıntılı açıklamalarda bulunmuş ve suçun oluşup oluşmadığının bu kıstaslara göre incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Esasen 301. maddenin 3. fıkrası da aynı hususu dile getirmektedir: *“Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”* Bu fıkranın maddede yer alması doktrinde çoğu yazarca malumun ilanı olarak görülmektedir. Maddenin tarihsel gelişiminde de değindiğimiz üzere 2002 yılında 4771 s. k. ile maddede yapılan değişiklik şu şekildedir:

“Birinci fıkra da sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”

Madde gerekçesi ise;

“Maddenin (A) fıkrasıyla Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesine son fıkra eklenmektedir. Maddeyle birinci fıkra da belirtilen organları ve kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece yazılı, sözlü veya görüntülü olarak eleştirmek

²¹⁴ **Ibid.**, s. 189- 190

amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezayı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliğini taşıyan düşünce açıklamalarının cezalandırılmaması öngörülmüştür.”

şeklinde belirtilmiştir. Esasen TCK madde 301 dışındaki bazı suçlar için de aynı istisna öngörülmüştür. Bunlar; 213. ila 217. maddeler arasında yer alan “*Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit*”, “*Suç işlemeye tahrik*”, “*Suç ve suçluyu övme*”, “*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*” ve “*Kanunlara uymamaya tahrik*” tir. Bu maddelerden sonra gelen “*Ortak hüküm*” başlıklı 218. maddeye göre; bu suçların basın- yayın yoluyla işlenmesi halinde ağırlaştırıcı hal söz konusu olacak, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılacaktır. Buna karşın “haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları” suç oluşturmaz.

Bununla birlikte AİHM içtihadında bu hak ile alakalı olarak birçok değerlendirmede bulunulmuştur. Örneğin; kamu görevlileri gibi bazı kişilere karşı yapılan eleştirilerde daha esnek olunması gerektiği... *Steur v. Hollanda Kararı*’ nda da bu gereklilik vurgulanmıştır: Olayda avukat başvuru, Surinamlı müvekkili ile sosyal güvenlik araştırma memuru W. arasında çevirmen olmadan yapılan görüşme neticesinde müvekkilinin kendi aleyhine olan hususları kabul etmesi üzerine, W.’ nin baskı uyguladığını beyan etmiştir. Mahkeme karara konu olayda;

“Mahkeme, başvurunun yargılama sırasında yaptığı eleştirinin, müvekkilini cezai bir olayda ve gözaltında tutulduğu sırada, sorgulama yetkisine sahip bir soruşturma memurunun delil toplama tarzını hedef aldığını kaydeder. Mahkeme’ nin savcılarını referansla kaydettiği gibi (...), bir soruşturma memuru konumu ile sanığın konumu arasındaki fark, bir sanığın böyle bir memuru eleştirdiği beyanlara daha fazla koruma sağlanmasını gerektirir. Aynı şey, delillerin toplanma şeklinin, bu delillerin kullanılacakları hukuk davasında eleştirildiği bu olayda da geçerlidir.

Başvurunun açıklamasının, özenli hareket ettiğini iddia eden W. gibi bir polis memurunun güvenilirliğini sarsacak nitelikte olduğu açıktır. Ancak bu bağlamda Mahkeme, kamu görevlilerine görevleri nedeniyle yapılan eleştirinin kabul edilebilir

sınırlarının, bazı şartlarda özel kişilere göre daha geniş olabileceğini hatırlatır (...).’’²¹⁵

diyerek oybirliğiyle AİHS madde 10’ daki ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bunun yanında AİHM, siyasi kimliği olan kişiler için eleştiri sınırlarının daha geniş olması gerektiğini belirtmiştir. Bu husus ise *Lingens v. Avusturya Kararı*’ nda vurgulanmıştır:

*“O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü gösterme zorundadır. Hiç kuşku yok ki, Sözleşme’ nin 10(2). fıkrası, başkalarının, yani bütün bireylerin itibarının korunmasına imkân verir; bu koruma, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da içine alır. Ancak bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılmalıdır.”*²¹⁶

Yargıtay da AİHM’ in bu konuda verdiği kararlardaki bazı hususları vurgulamaktadır:

“Bir eylemin hukuk düzeni tarafından cezalandırılması ancak onu hukuka uygun kılan diğer bir anlatımla hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan bir nedenin bulunmasına bağlıdır. Bu bağlamda hakaret ve sövme suçlarında hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan ve düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün vasıtalarından olan eleştiri hakkı üzerinde durulmalıdır. İfade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenilmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bu demokratik toplum düzenin ve çoğulculuğun gereğidir. Eleştiri de kaynağını bu özgürlükten alır, eleştirinin

²¹⁵ AİHM İkinci Bölüm, 28.10.2003, *Steur v. Hollanda Kararı*, Baş. No: 39657/ 98 (Çev.: Doğru/ Nalbant, **Ibid.**, s. 358- 362)

²¹⁶ AİHM Genel Kurulu, 08.07.1986, *Lingens v. Avusturya Kararı* §42, Baş. No: 9815/ 82 (Çev: Doğru/ Nalbant, **Ibid.**, s. 285- 294)

doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıncı ve incitici olması da doğaldır."²¹⁷

Yukarıda belirtilen içtihat, mevzuat ve doktrine bakılacak olursa eleştiri hakkının da belirttiğimiz diğer temel hak ve hürriyetler gibi 301. madde kapsamında detaylı ve özenli şekilde değerlendirilmesi ve hakkın icrası sınırlarını aşmadığı takdirde suça hayat vermeyeceği söylenmelidir. Bu sınırların aşıp aşılmadığı da her olay için ayrı ayrı incelenmelidir. Örneğin Yargıtay önüne gelen bir olayda eleştiri sınırlarının aşıldığını şu şekilde gerekçelendirmiştir:

*"Söz konusu yazıda, yazarın düşüncesini ifadede kullandığı gerek cümle ve kelimelerin her biri gerekse yazının bütünü normal siyasal eleştirici sınırlarını aşan bir kastı ihtiva ettiği görülmektedir. Gerçekten yazarın, Devlet Güvenlik Mahkemelerini karşısına aldığı bir sınıf olan ve Türkiye'de sömürü düzenini yürütmek isteyen yerli tekelci sermayenin elinde bir tahakküm aygıtı, gerici ve faşist bir baskı kurumu olarak nitelendirmesinin, halkın bu mahkemelere ve dolayısıyla Adliyeye karşı kin ve husumetini celp edecek bir anlam taşıdığına tereddüt edilemez. O halde sarf olunan bu cümleler ve kelimelerin bizatihi tahkir ve tezyifi kapsadığında kuşku yoktur."*²¹⁸

C- Kusurluluk (Manevi Unsur)

Suç genel teorisi kapsamında incelenmesi gereken son öge ise kusurluluk ya da manevi unsurdur. Bu unsurun tanımı ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Dönmezer/ Erman' a göre; *"Kusurluluk psikolojik bir kavramdır ve bu görüş ile failin kusurlu bir irade ile hareket edip etmediğini belirlemek gerekmektedir; fakat belirli bir olayda kusurluluğun çeşidi taksir olunca aynı görüşü normatif görüşle kaynaştırmak, onunla tamamlamak da gereklidir ve ancak bu anlamda ve bu ölçüdedir ki, kusurluluk kavramı içerisinde normatif görüşe yer vermek gerekir."*²¹⁹ Yazarların burada belirttiği normatif görüş ise; *"kusurlu olmak; hukuka aykırı bir hareketi, normun*

²¹⁷ YCGK, 03.07.2001, 2001/ 9- 132 E. - 2001/ 155 K.

²¹⁸ YCGK, 12.03.1979, 9- 531 E. - 111 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 207- 208) – Belirtmek gerekir ki; çoğunluk görüşüne katılmayan bazı üyeler bu ifadelerin eleştiri hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

²¹⁹ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 204- 205

*koyduğu yasaklara veya yüklediği ödevlere rağmen, yapmak” tır.*²²⁰ Psikolojik görüş ise; *“kastla taksiri aynı esasa dayandırma, ortak bir temel bulabilmek amacını gütmeye”*²²¹ tezini savunan görüştür.

İçel’ e göre kusurluluk; *“failin psikik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişkidir.”*²²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu’ nun da katıldığı İçel’ in görüşüne göre;

*“Sübjektif, psikolojik veya manevi unsur olarak da ifade edilen bu unsur fail yönünden ele alındığında “kusur”, eylem yönünden söz konusu edildiğinde “kusurluluk” olarak ortaya çıkar. Yani bir eylemin kusurluluk niteliğinden söz edilirken, bu eylemi gerçekleştiren failin kusurlu olduğu söylenir. Ancak, suç teorisinde suçun yapısal unsurları eylemin ele alınması suretiyle incelendiği için, eylemin bir niteliği olarak kusurluluktan söz edilmesi yerindedir.”*²²³

Ceza hukukunda kabul edildiği üzere aslolan “kast” tır. Bu husus TCK’ nin 21. maddesinde de belirtilmiştir: *“Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”* Sonraki maddede ise taksirle işlenen fiillerin ancak kanunda öngörüldüğü hallerde cezalandırılacağı belirtilmiştir: *“Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.”*

Yargıtayca 301. maddenin manevi unsuru şu şekilde açıklanmıştır:

*“Manevi ögesi ise tahkir ve tezyif kastıyla, başka bir deyişle yasanın bu kurumlara sağlamak istediği saygıyla çelişen, alçaltıcı bir duruma sokmak amacıyla hareket edilmesidir.”*²²⁴

301. maddedeki suç ancak kast ile işlenebilir. Bununla birlikte fail hem alenen aşağılama hareketini bilmeli hem de madde kapsamındaki kurum ve değerleri aşağılamak istemelidir.²²⁵ Son olarak; suçun sonradan eklenen kast ile oluşamayacağı belirtilmelidir. Bunun sebebi olarak 301. maddedeki suçun “neticesiz, hareket suçu

²²⁰ Ibid., s. 203- 204

²²¹ Ibid., s. 201- 202

²²² İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 411

²²³ Ibid.

²²⁴ YCGK, 03.07.2001, 2001/ 9- 132 E - 2001/ 155 K.

²²⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **op. cit.**, s. 8063

olması” gösterilmektedir. Bu tür suçlarda sonradan eklenen kast mümkün olmamaktadır.²²⁶

Suçun manevi unsuru incelenirken asıl değinilmesi gereken husus suçun genel kast mı yoksa özel kastla mı işlenebileceğidir. Bu bölümde bu konu ile alakalı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1- Genel Kastı Kabul Eden Görüş

Genel kast, kastın iki unsurunun (bilme ve isteme) bulunması ile oluşan kast türü olarak tanımlanabileceği gibi, failin sadece maksadı istemesinin yeterli olduğu hallerde genel kastın varlığından söz edilebilir.²²⁷

Yargıtay CGK’ nin eski 159. madde ile alakalı verdiği bir kararda çoğunluk görüşüne katılmayan Sami Selçuk’ a göre;

“Yasal metin (md. 159) gözetildiğinde, bu suçta amacın/dürtünün de gözetilmediği, suçun genel kasıtle işlenen suçlardan bulunduğu anlaşılmaktadır (...). Nitekim kaynak 1889 ve 1930 İtalyan Ceza Yasalarında da aynı hükümler vardır ve İtalyan Yargıtayının 18.12.1931, 16.2.1932,16.1.1952.12.11.1954, 15.1.1958, 24.11.1976, 30.5.1977 tarihli kararlarında da özel kasıt aranmamıştır (...). Sanığın 159, maddede geçen kurumları aşağılama bilinç ve iradesinin bulunması, suçun oluşması için yeterlidir ve bu da genel kasıttır. Suçun, siyasal dürtü, nefret, kin, yurt ya da ulus sevgisi yahut da başka bir fanatizmle işlenmesinin önemi yoktur.

(...)

Yüce Ceza Genel Kurulunun 5.10.1987 tarih ve 167/422 kararında bir amaç ya da dürtüden söz edilmeden "tahkir ve tezyif özel kastının bulunmadığı"na değinilmiştir.

Gerek olayımızda Yüksek Dairenin ve gerek anılan Yüce C. Genel Kurulunun görüşlerinde yer alan kasıt, anlatımdan da anlaşılacağı üzere, aslında genel kasıttır ve genel kastın "bilinç" ögesi vurgulanmıştır. Kullanılan bu deyişin özel kasıt diye

²²⁶ Mustafa Zeki Yıldırım, **Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301)** (Doktora Tezi), İstanbul, 2012, s. 167

²²⁷ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 231

adlandırılması yerinde değildir. Zira, özel kasıttan aranan amaçla/dürtüyle kasıttan bulunan bilinç; Pagliaro'nun deyişiyle hukuka aykırı eylemin amaçsal içeriği, sık sık görüldüğü üzere, birbirine karıştırılmıştır (...).”²²⁸

Selçuk’ un gerekçesinde değindiği YCGK kararı ise şu şekildedir:

YCGK, otobüs terminalinde alkollü bir kişinin beton zemin üzerinde çocukların ve bazı şahısların yattığını görünce üzüntüye kapılıp *"Böyle Türkiye Cumhuriyetinin a... koyarım"* diyerek küfretmesi olayında;

"(...) Bu maddedeki kasıt unsurunun, olayın akışının kül halinde değerlendirilmesi ile takdir ve tesbiti gerekir.

İnceleme konumuzu teşkil eden olayda sanığın, kalabalık bir mahalde birçok kişinin işitebileceği tarzda suç konusu sözleri söylemesi, Cumhuriyet'i tahkir ve tezyif etmek özel kasdıyla hareket ettiğini açıkça gösterdiğinden (...)"

demiş; fakat çoğunluk görüşüne katılmayan Başkan ve üyeler;

"Bu suçun oluşması için, failde genel kasıttan maada, özel kastın da bulunduğu tesbiti zorunludur. Alkollü olan sanığın aniden karşılaştığı içleracı manzara karşısında, kendi bozuk durumunda verdiği infialin ve icapsız yakınmanın ifadesi olarak sarfettiği sözlerde Cumhuriyeti tahkir özel kastı bulunmadığı" nı belirtmiştir.²²⁹

Görüldüğü üzere aslında Yargıtay kararlarında da suçun genel kastla mı özel kastla mı işleneceğine dair tam bir fikir birliği olduğu söylenemez. Buna karşın doktrine bakılacak olursa; bazı yazarlara göre 301. maddedeki suç genel kastla işlenebilir. Hafizoğulları/ Özen’ e göre;

"Özel kastın da olması gerektiği ileri sürülmekle birlikte; genelde, genel kastın olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir.”²³⁰ demiş ve Manzini²³¹ ile Erem’ e²³² atıfta bulunmuştur.

²²⁸ YCGK, 05.05.1998, 1998- 9/ 70 E. - 1998/ 156 K.

²²⁹ YCGK, 05.10.1987, 1987/ 167 E. - 1987/ 422 K.

²³⁰ Hafizoğulları/ Özen, **op. cit.**, s. 309

²³¹ Manzini, **Trattato di diritto penale italiano**, V, Torino, 1982, s. 590

²³² Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler**, 2. Cilt, Ankara: Ajans- Türk Matbaası, 1969, s. 136

Bununla birlikte Sancar' a göre;

“Özel kast, failin genel kastın dışında, belirli bir saikle hareket etmesinin, suçu düzenleyen normda suçun bir unsuru ya da ağırlatıcı sebebi olarak öngörülmesi halinde söz konusudur. Fakat 159. maddenin metni dikkatle okunduğunda görülür ki, burada düzenlenen suçun ortaya çıkabilmesi için “özel kast” arandığına ilişkin hiçbir belirti yoktur. Bu suçta özel kastı arayanlar, aslında genel kastı tanımlamaktadırlar. Çünkü “tahkir ve tezyif” şeklinde gerçekleşen hareket, bu suçun maddi unsurudur ve failin de maddede sayılan değer ve kurumları tahkir ve tezyif ettiğini bilmesi ve bunu istemesi gerekir. Maddi unsurunun tahkir ve tezyif olması nedeniyle, 159. maddede düzenlenen suçun, başka bir kastla işlenmesi zaten mümkün değildir.”²³³

Bu görüşe göre; maddede geçen tahkir ve tezyif (günümüzde aşağılama) dışında özel kast aranan herhangi bir ibare belirtilmediği için, maddedeki kurum ve değerleri aşağılama hareketinin failce bilinmesi ve istenmesi yeterli sayılacak ve suç oluşacaktır.

2- Özel Kastı Kabul Eden Görüş

301. maddedeki kast türünün genel kast olduğunu söyleyenler olduğu gibi bir bu kadar da aranan kast türünün özel kast olduğunu savununlar mevcuttur. Özel kast tanım itibarıyla; *“Yasal tanımda bazen suçun basit şekli, bazen nitelikli şekli açısından bir unsur olarak kabul edilmiş olan amaç”²³⁴* olarak nitelendirilebilir. Dönmezer/ Erman ekolünde bu kast türü; *“kanunun suç unsuru veya ağırlaştırıcı sebep olarak kabul ettiği hallerde, failin belirli bir saikle hareket etmesinin yani, bilme ve istemeden başka, belirli bir saikle hareket edilmiş olmanın ayrıca şart koşulduğu hallerde söz konusu olan kasttır”* şeklinde açıklanmakta ve özel kastın varlığının kural olarak kanundaki tarifinden anlaşılabacağı belirtilmektedir.²³⁵

Bu kast türüne örnek olarak *“İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme”* suçu verilebilir. Zira TCK' nin 153. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; *“Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”* Görülüyor ki; kişinin bu suçu tahkir amacıyla işlemesi için özel kastla hareket etmesi gerekmektedir.

²³³ Sancar, **op. cit.**, s. 188

²³⁴ İçel, **op. cit.**, s. 446

²³⁵ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 231

Özek’ e göre; 765 s. k.’ da “Devletin şahsiyetine karşı suçlar” altında düzenlenen suçların işlenmesi için özel kastın varlığı zaruridir. Eski 159. madde de bu kapsama girdiği için yazara göre bu suç için de aynı zaruret geçerli olacaktır. Bununla beraber, suçların cezalandırılmasında amaç ve saik dikkate alınmazken, devletin şahsiyetine karşı suçlar gibi önem arz eden suçlarda failin saikinin belirlenmesinin elzem olduğu da yazar tarafından belirtilmektedir.²³⁶

Kimi yazarlara göre ise; 301. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen ve eleştiri maksatlı düşünce açıklamalarının suç teşkil etmeyeceği ibaresi ve buna bağlı olarak eleştiri amacıyla hakkın sınırlarının aşıp aşılmadığının tespiti, “özel aşağılama kastının” bulunmasını zorunlu kılmaktadır.²³⁷

Bu görüşle paralel olarak eleştiri hakkının sınırlarının aşılmasını özel tahkir kastının varlığına bağlayan bir kesim de mevcuttur. “Aşağılayıcı, küçük düşürücü ve bayağılaştırıcı sonucu doğuracak özel kastın varlığının suçun oluşması bakımından zaruri olduğu” da aynı görüşçe belirtilmektedir.²³⁸

Doktrinde savunulan bu görüş Yargıtay’ ın çoğu kararında da belirtilmiştir:

“Devletin askerî kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmekten (...) yapılan yargılaması sonunda (...)

Sanığın olay günü bulunduğu kahvehanede başka bir şahıs ile tartışıp kavgaderken alkolünde etkisi ile tehevviiren söylediği sözlerde özel kasta tabi olan atılı suçun manevi unsuru itibarıyla oluşmayacağı düşünülmenden yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi(...)”²³⁹

“Sanığın kendisini bir dava nedeniyle karakola götürmek isteyen polislerle kızarak sarf ettiği hakaretamiz sözlerin kül halinde ve doğrudan doğruya aralarında tartışma geçen polis memurlarına yönelik olup, bu eyleminin TCK.nun (266.) maddesi

²³⁶ Özek, **op. cit.**, 196- 199

²³⁷ Hadi Salihoğlu/ Ali Parlar / Mustafa Öztürk, **Terör Suçları & Devlete ve Anayasal Düzene Karşı Suçlar**, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, Ocak 2018, s. 73

²³⁸ Tarık Senkeri, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri** (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Malatya, 1992, T.C. Yükseköğretim Kurulu Dokümantasyon Merkezi, No: 551, s. 11

²³⁹ Yargıtay 9. CD, 16.09.2002, 1616 E. - 1734 K. (Erişim: Haydar Erol, **Gerekçeli, Açıklamalı ve İhtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2005, s. 1312)

*çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceği düşünülmeden özel kasıt unsuru taşımayan davranışından ötürü TCK.nun (159.) maddesi ile mahkumiyeti cihetine gidilmesi (...)*²⁴⁰

*“Olayın meydana geldiği otelde müşteri olarak bulunan ve aynı zamanda Şile Devlet Hastanesi'nde ambulans şoförü olarak çalışan sanığın, aşırı miktarda alkollü bir durumda iken kim olduklarını hatırlamadığı iki kişi ile otel lobisinde tartışmaya başladığı, daha sonra kendisine müessir fiilde bulunulması üzerine yüksek sesle hem bu şahıslara ve hem de Devlete karşı sinkaflı küfürlerde bulunduğu, taşkınlığı sona ermeyip aynı küfürlere devam edince otel görevlilerinin ihbarı üzerine otele zabıt mümzii polis memurlarının geldiği, onların huzurunda da benzeri şekilde küfürlerinin sürmesi nedeniyle polis memurlarınca buna bir son vermesi hususunda defalarca uyarıldığı fakat, sanığın Devleti hedef alan küfürlerine ısrarla devam ettiği olayda; Devleti sinkaflı etme şeklindeki sözle Türkiye Cumhuriyeti'nin kastedildiğinin anlaşılması karşısında, Cumhuriyeti alenen tahkir etme suçunun oluştuğu kabul edilerek mahkumiyet hükmü kurulması yerine yazılı şekilde "tahkir ve tezyif" özel kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi(...)*²⁴¹

3- Değerlendirme

Yakın dönemde belirtilen bazı görüşlere göre; kişi, eleştirmek amacıyla hareket etmiş ancak aşağılama hareketi oluşmuşsa manevi unsur yönünden eksiklik olduğu söylenebilecektir. Buna karşın failin, fiile başladığı sırada aşağılama kastı varsa bu durumda suç oluşacak, lakin bu durum bir özel kastın varlığını göstermeyecektir.²⁴² Gerçekten de kişinin, söylediği söz ile ya da yazdığı yazı ile amacı 301. maddede sayılan kurumları aşağılamak değil de sadece eleştirmek; ancak bu eleştiriyi gerçekleştirirken ifadeleri aşağılama olarak değerlendirilmişse, bu durumda suçun taksirle işlendiği söylenebilecekse de 301. maddedeki suçun ancak kasten işlenebilmesi ve bu suçun taksirle oluşamayacağı göz önüne alındığında kişinin bu hareketi suç teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla failin bu suça vücut verebilmesi için aşağılama amacıyla hareket etmesi gerekmektedir. Gerçekten de Yargıtay, önüne gelen bir olayda; müteahhit sanık ile işçisi arasında ücret konusu ile alakalı çıkan

²⁴⁰ Yargıtay 9. CD, 24.09.2001, 2183 E. - 2403 K. (Erişim: **Ibid.**)

²⁴¹ Yargıtay 9. CD, 30.04.2009, 2007/ 12194 E. - 2009/ 5269 K.

²⁴² Yıldırım, **op. cit.**, s. 166

tartışma esnasında müştekinin sanığı şikayet edeceğini ve alacağını Devlet eliyle alacağını belirtmesi üzerine sanığın, “*Seni de Devleti de Sk. ederim*” cevabı üzerine sanığın kastının işçiye sövme niteliğinde olup Cumhuriyet rejimine tahkirde bulunulmadığı, dolayısıyla yasal unsurları oluşmayan suçun vücut bulmadığı şeklinde karar vermiştir.²⁴³

Yargıtay bu kararıyla, her ne kadar kişi maddede sayılan kurumlardan birini tahkir ve tezyif etmiş olsa da bu kastla hareket etmediği için beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tartışılan konu da işte bu noktada yoğunlaşmaktadır: Genel kabule göre failin aşağılama amacı olması gerekmektedir; ancak bunun hangi kast türü olduğu konusunda bir uzlaşa sağlanamamaktadır.

Doktrinde kafa karışıklığına neden olan ibarenin maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen cümle olduğu aşikârdır. Zira eleştirme amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının bu suç kapsamına girmeyeceğini maddede belirtmek, kimi yazarlara göre eleştiri amacıyla değil, aşağılama amacıyla yapılan hareketlerin özel kast ile yapılabileceği anlamına gelmektedir. Bu fıkranın mefhum-u muhalifinden böyle bir çıkarım yapılması kanımızca yanlıştır. Zira kanun koyucu üçüncü fıkra ile maddeye sadece bir hukuka uygunluk sebebi getirmektedir.

Bu durumu daha iyi anlayabilmek için önceki bölümlerde değindiğimiz TCK’ nin 213. ila 217. maddeleri arasında düzenlenmiş olan suçlara bakmak gerekir. Bu maddelerin sonuna “*Ortak hüküm*” maddesi ile; “*haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*” ibaresi getirilmiştir. Dolayısıyla bu suçlar için de 301. maddede öngörülen hukuka uygunluk sebebinden bahsedilebilir. Bu suçlardan “*Suçu ve suçluyu övme*” suçu ele alınacak olursa; “*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.*” şeklindeki madde metninde; hareketin alenen suçu veya suçluyu alenen övme olduğu söylenebilecektir. 301. madde için özel kastın gerektiğine dair görüş kabul edildiği takdirde ise; bu maddedeki suçu ve suçu övme özel kastıyla hareket edildiği kabul edilmelidir. Bunun gibi “*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme*” suçunda da kişinin “kin ve düşmanlığa alenen tahrik” ve

²⁴³ Yargıtay 9. CD, 09.03.1983, 576 E. – 599 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 201)

“alenen aşağılama” özel kastıyla hareket ettiği varsayılacaktır –ki bu sonuç bizi tüm suçlar için özel kastın gerektiği gibi hatalı bir genellemeye götürebilecektir-.

Bununla beraber kanun koyucu suç için özel kastın varlığını şart koşsaydı; 213. maddedeki “*Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit*” suçu için öngördüğü “*Halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla*” gibi ifadeleri metne eklerdi. Keza bir kişi, maddede belirtilen amaçla hareket etmeden başka bir kişinin hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlığına ya da malvarlığına alenen tehditte bulunsaydı bu suç oluşmayacak, genel hükümlere göre tehdit suçu gerçekleşmiş sayılacaktı. 301. maddede de hareket; “alenen aşağılama” olarak düzenlenmiş ve failin herhangi bir saik ya da amacından ve suçun bu amaç ya da saikin gerçekleşmesiyle oluşacağından söz edilmemiştir. Bu sebeptir ki; bu maddedeki suç için genel kast yeterlidir. Failin 301. maddedeki kurumları aşağıladığını bilmesi ve istemesi, ayrıca kullandığı ifadelerin aşağılayıcı olduğunu bilmesi ve bunları isteyerek kullanması bu suçun doğumu için yeterlidir. Bunun dışında failde “aşağılama amacı”nın olması özel kast ile hareket ettiğini göstermez, bu sebeple bahsedilen hareketin genel kast ile yapılması ile suç doğmuş olur.

Son olarak belirtilmelidir ki; Yargıtay bazı kararlarında sanığın kişisel durumu, mesleği, aşağılama anındaki halet- i ruhiyesi vb. kıstaslara göre de kastı incelemiştir. Misalen, 1936 yılına ait bir YCGK kararına göre; “*kanunu ve kanunu çıkaranın da anasını, avradını sinkaf ederim*” şeklinde sözler söyleyen kişinin bir köylü olması, dolayısıyla kanunların nasıl çıkarıldığını ve bunları çıkaranın hangi kurum olduğunu bilmemesi neticesinde TBMM’ yi aşağılama kastının gerçekleşmediği belirtilmiştir. Kurul, kararda ayrıca “alelfevr” ve sarahatsiz bir sözün bu suça vücut veremeyeceğini ifade etmiştir.²⁴⁴

²⁴⁴ YCGK, 13.04.1936, 97 E. - 52 K. (Erişim: Alicanoğlu, **op. cit.**, s. 452)

VII- SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER

301. maddenin suç genel teorisi kapsamında değerlendirmesini yaptıktan sonra değinilmesi gereken hususlardan biri de suça etki eden sebeplerin bu suç özelinde var olup olmadığıdır.

Suçta etki eden sebepler, *“suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren fakat bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ve bulundukları zaman da suçun hukukî vasfının değişmesine yol açmayan sebepler”*²⁴⁵ olarak tarif edilebilir. Bu sebepler Demirbaş’ a göre dörde ayrılır: “Ağırlatıcı- hafifletici, Genel- özel, Fiili- şahsi, Kanuni- takdiri”. Cezayı artıran bir sebep mevcutsa ağırlatıcı, indiren bir sebep mevcutsa hafifletici sebepten bahsedilir. Genel sebepler, kaynağını genel hükümlerden alan ve tüm suç tipleri için uygulanabilen sebeplerdenken, özel sebepler ise kasten yaralama suçunun üstsoya, altsoya, eşe ya da kardeşe karşı işlenmesi halinde cezanın artırılması örneğinde olduğu gibi sadece düzenlendiği suç açısından suça etki eden sebeplerdir. Fiili sebepler ise; suçun işleniş koşullarındaki zaman, yer ve suçta kullanılan araçlarla ilgili olmakla beraber, şahsi sebepler fail ile mağdurun arasındaki ilişkiye ve failin sıfatına odaklanır. Son olarak kanuni sebepler kanunda tek tek düzenlenmesi halinde söz konusu olacakken, takdiri sebeplerde hâkimin takdir yetkisi mevcuttur.²⁴⁶

Suçta etki eden sebeplere bu tasnif çerçevesinden bakılacak olursa; 301. maddede düzenlenen suç için, ilk bakışta herhangi bir ağırlatıcı ya da hafifletici nedenin öngörülmediği söylenebilir. Ancak bu maddede geçmeyen fakat TCK’ nin genel hükümler bölümünde belirtilen bir ağırlatıcı ya da hafifletici sebebin bulunup bulunmadığına da bakılması gerekir. Fakat bu sebebi belirtmeden evvel ilk olarak maddenin tarihçesi incelenmelidir.

²⁴⁵ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 339

²⁴⁶ Demirbaş, **op. cit.**, s. 672- 673

İlk olarak 1936 yılında “*Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır*” hükmüyle maddeye getirilen ağırlaştırıcı sebep, 1946 değişikliği ile korunmuş, 1961 değişikliği ile; “*Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.*” şeklinde değiştirilmiştir.

2005 yılındaki değişiklik ile getirilen 301. maddenin üçüncü fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

“Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.”

Görüldüğü üzere maddenin önceki halindeki bu fıkra ile Türklüğü aşağılamanın bir Türk vatandaşı tarafından yabancı ülkede gerçekleşmesi halinde suç için bir ağırlaştırıcı neden söz konusu olacaktır. Bu ağırlaştırıcı sebebin diğer kurum ve değerler için değil de, sadece Türklüğü aşağılamak için öngörülmesi de dikkat çekici bir husustur. Hükûmetin telifinde gerekçe şu şekilde sunulmuştur: “*Dördüncü fıkroda suç bakımından gerek kişi ve gerekse yer itibarıyla bir ağırlaştırıcı neden kabul edilmiştir.*” Bununla beraber Adalet Komisyonu’ nun kabul ettiği metnin gerekçesi biraz daha açıklayıcıdır:

“Üçüncü fıkroda bu suçun konusu, işlendiği yer ve faili bakımından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali kabul edilmiştir. Buna göre, Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, ceza artırılacaktır.”

Son olarak 2008 değişikliği ile bu ağırlaştırıcı sebep maddeden çıkartılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki; bu ağırlaştırıcı sebebin maddeden çıkartılmış olması suç için öngörülen hiçbir ağırlaştırıcı sebebin olmadığı anlamına gelmemektedir. İlgili fıkranın çıkartılmasının sebebi yukarıda suça etki eden sebeplerin tasnifi bağlamında belirttiğimiz özel sebeplerden genel sebeplere doğru bir geçiş olabilir. Maddenin önceki hallerinde suça etki eden bu sebebin özellikle belirtilmesine; yani bir özel sebep hali öngörülmesine rağmen, bu özel sebepten genel sebebe bir geçişin olup olmadığını anlamak için TCK’ nin 8. madde ve devamında düzenlenen “yer bakımından uygulama” ile alakalı hususlara bakılmalıdır.

TCK' nin 8. maddesinde düzenlenen “*Yer bakımından uygulama*” başlığı altında; Türkiye’ de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı ve fiilin kısmen ya da tamamen Türkiye’ de işlenmesi veya neticenin Türkiye’ de gerçekleşmesi halinde suçun Türkiye’ de işlenmiş sayılacağı belirtilmiş ve ikinci fıkrada suçun, nerelerde işlenirse Türkiye’ de işlenmiş sayılacağı sayılmıştır. 10. maddede ise;

“Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.”

denmektedir. “*Vatandaş tarafından işlenen suç*” başlıklı 11. maddenin ilk fıkrası ise;

“Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır.”

şeklinde düzenlenmiştir. Maddede bahsedilen 13. madde ise; bazı suçlar için Türk kanunlarının failin vatandaş ya da yabancı olmasına bakılmaksızın uygulanacağını düzenlemektedir. Devlet’ in korunması ilkesine dayanan bu maddenin 1. fıkrasının “b” bendine bakıldığında;

“İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar” ın da bu kapsamda değerlendirileceği söylenmiştir. 301. madde de düzenleniş bakımından İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Üçüncü Bölüm’ de yer aldığı için bu madde kapsamına girecektir. Dolayısıyla söylenebilir ki; 301. maddedeki suç vatandaş ya da yabancı tarafından yabancı ülkede işlendiği takdirde Türk kanunları uygulanacaktır. Fakat bu husus suça etki eden sebepler arasında sayılamaz, zira 13. madde ile hangi suçlara Türk hukukunun uygulanacağı hususunda bir düzenleme getirilmiş, buna karşın bu suçların yabancı ülkede vatandaş ya da yabancı tarafından işlenmesi halinde verilecek cezanın ağırlaştığına dair bir hüküm öngörülmemiştir.

Bu noktada belirtilmelidir ki; 301. maddenin üçüncü fıkrasında eleştiri amaçlı düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı şeklinde ibare bir hafifletici neden değil, önceki bölümlerde de değindiğimiz gibi hukuka uygunluk sebebidir. Dolayısıyla eğer bir olayda eleştiri mevcut ve herhangi bir aşağılama da yoksa; bu durumda hâkim, eleştirinin yoğunluğuna göre cezada indirim yapma yoluna gitmemeli, suç oluşmadığı için CMK’ nin 223. maddesinin 2. fıkrasının “a” bendine göre “*yüklenen fiil kanunda suç olarak tanımlanmadığı*” için beraat kararı vermelidir.

Sonuç olarak; 301. maddenin eski halinde ağırlaştırıcı sebep olarak sayılan “suçun yabancı ülkede vatandaş tarafından işlenmesi hali”, günümüzde yerini bu tür suçlara Türk hukukunun uygulanacağına dair düzenlemeye bırakmış ve 301. madde için hiçbir suça etki eden sebep öngörülmemiştir.

VIII- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Suç genel teorisi dışında incelenmesi gereken bir başka husus da suçun özel görünüş biçimleridir. Bu başlık altında teşebbüs, iştirak ve içtima alt başlıkları incelenecektir.

A- Teşebbüs

Teşebbüs, TCK’ nin 35. maddesinde düzenlenmiş olup bu maddenin ikinci fıkrası şu şekildedir:

“Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

301. maddede ceza “altı aydan iki yıla” şeklinde düzenlendiği için 35. madde kapsamında ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilebilecektir. Ancak öncelikle 301. maddedeki suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Teşebbüs; *“Failce işlenmek istenen bir suçun icrasına elverişli araçlarla başlanmasına karşın, elde olmayan nedenlerden dolayı icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketlerinin tamamlandığı halde failin isteği (iradesi) dışındaki nedenlerden dolayı sonucun meydana gelmemesi”*²⁴⁷ şeklinde izah edilebilir. Belirtilmelidir ki; 765 s. k.’ un 61. ve 62. maddelerinde düzenlenmiş olan *“tam teşebbüs- eksik teşebbüs”* ayrımı 5237 s. k. ile kaldırılmış, teşebbüs yeni kanunda tek tip olarak düzenlenmiştir. Yukarıdaki tanımdan yola çıkılarak suça teşebbüsün koşulları şu şekilde sayılabilir: “Failin bir suçun işlenmesine yönelik kastının olması”,

²⁴⁷ İçel, **op. cit.**, s. 507

“elverişli hareketlerin yapılması”, “icra hareketlerine başlanılmış olması” ve “failin elinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamaması”.²⁴⁸

Bilindiği üzere bazı suçlar doğası gereği teşebbüse elverişli değildir. Bunlar; “taksirle işlenen suçlar, kabahatler, sonucu harekete bitişik suçlar, ihmali suçlar, sonucu nedeniyle ağırlaşmış suçlar ve cezalandırılabilirlik koşulu içeren suçlar” dır.²⁴⁹ 301. maddedeki suç taksirle ya da ihmali hareketle işlenemez. Bu suç aynı zamanda bir kabahat ya da sonucu nedeniyle ağırlaşmış bir suç da değildir. İçinde cezalandırılabilirlik koşulu barındırmadığına ise önceki bölümlerde değinilmiştir. Sonucu harekete bitişik suçları ise 301. madde ile ilişkisini daha iyi anlayabilmek için açıklamak gerekmektedir.

Sonucu harekete bitişik suçlar; “*failin suç tipinde tanımlanan hareketi yapmasıyla birlikte tanımlanan ve belirli bir sonucun meydana gelmesine gerek bulunmayan suçlar*”²⁵⁰ olarak tanımlanabilir. Bu suç türünde en çok tartışılan hususlardan biri de hakaret suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Hakaret kural olarak bu suç türünün içinde yer alsa ve tahkir niteliğindeki sözlerin söylenmesi ile suç tamamlanmış kabul edilse de doktrinde, bu suçun mektup ya da telgraf gibi yollarla işlenmek istendiği ancak mektubun mağdura iletilemediği ya da memurun telgraftaki mesajı görüp bunu iletmediği gibi hallerde suçun teşebbüs aşamasında kalacağını savunan görüşler de vardır.

Bazı yazarlar bu suç tipinde teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır. Bunun sebebi olarak genellikle suçun neticesi harekete bitişik suç kabul edilmesi ve bu yüzden icra hareketlerinin parçalara bölünmesinin mümkün olmaması gösterilmiştir.²⁵¹ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise; icra hareketleri parçalara ayrılabilir neticesi harekete bitişik olan suçlara teşebbüs mümkündür.²⁵²

Bu görüşler 301. madde kapsamında değerlendirildiğinde bazı yazarlara göre; aşağılama söz ile gerçekleşirse teşebbüs söz konusu olmayacakken, yazı ile gerçekleşirse suç teşebbüs aşamasında kalabilir. Aynı görüşe göre; kişilerin

²⁴⁸ *Ibid.*, s. 510- 526

²⁴⁹ *Ibid.*, s. 527- 531

²⁵⁰ *Ibid.*, s. 528- 529

²⁵¹ Görüşler için bkz. Salihoğlu/ Parlar/ Öztürk, *op. cit.*, s. 76

²⁵² Centel/ Zafer/ Çakmut, *op. cit.*, s. 472

birbirlerine yolladıkları ve içerisinde 301. maddedeki kurumları aşağılayan ifadelerin yer aldığı mektubun başkası tarafından ele geçirilmesi ya da kaybolması ihtimalinde teşebbüsten söz edilemeyecek, suçun unsurlarından olan “aleniyet” gerçekleşmediği için suç oluşmamış kabul edilecektir.²⁵³ Gerçekten yazarın bu son görüşüne katılmak gerekir. Zira bu husus önceki bölümlerde belirttiğimiz görüş olan “aleniyetin suçun unsuru olduğu” savını desteklemekle beraber birçok Yargıtay kararında da aynı husus vurgulanmıştır:

“Sanıkların başka bir suçtan hükümlü bulundukları Kütahya Kapalı cezaevinden Nevşehir Cezaevindeki bir arkadaşlarına yazdıkları mektubun cezaevi görevlileri tarafından içeriği okunarak alıkonulup bilahare c. savcılığına ihbar edilmesinde sanıkların üzerlerine atılı Cumhuriyeti ve Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif suçlarının “aleniyet” unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden aksine düşüncelerle yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü tesisi,

Kanuna aykırı (...)”²⁵⁴

“Sanığın, asker arkadaşı H.B.’ya yazdığı özel mektubun görevli bölük kumandanı tarafından okunmasından ibaret olayda aleniyet unsurunun tekevvün eylemediği gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi,

Kanuna aykırı (...)”²⁵⁵

Bununla beraber; yazı ile 301. maddenin ihlal edilmesi halinde suça teşebbüsün mümkün olup olmadığını değerlendiren başka bir Yargıtay kararına göre;

“Türkiye Büyük Millet Meclisinin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif etmekten sanık M.S.Ü’nün yapılan yargılaması sonunda (...);

Bir gazetede yayınlanması amacıyla yazılan yazının mani sebep yüzünden yayınının gerçekleşmemesi karşısında suçun eksik teşebbüs safhasında kaldığı anlaşılmakla (...)”²⁵⁶

²⁵³ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **op. cit.**, s. 8069

²⁵⁴ Yargıtay 9. CD, 29.05.1996, 2319 E. - 3227 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 192)

²⁵⁵ Yargıtay 9. CD, 11.04.1980, 1519 E. - 1496 K. (Erişim: **Ibid.**, s. 206)

²⁵⁶ Yargıtay 9. CD, 22.12.1995, 6948 E. - 7048 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 193)

şeklinde gerekçelendirdiği kararda eski 159. maddenin de teşebbüs ile işlenebileceği kanaatindedir. Bize göre de, suçun icra hareketleri bölünebiliyorsa bu durumda 301. madde için de teşebbüsten bahsedilebilir. Her ne kadar suç alenen aşağılama şeklinde gerçekleşecekse de; aleniyetin doğduğu bazı aşağılama hareketlerinde suça teşebbüs mümkündür. Buna özellikle kitle iletişim araçları ile yapılmak istenen aşağılama suçu girmektedir. İçinde alenen aşağılama kastıyla yazılmış ya da çizilmiş öğeler bulunan ve yayınlanmadan ele geçirilen makale ya da dağıtılamayan bir afiş, poster, ilan teşebbüsün olduğu durumlar da bu konuya örnek olarak verilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus verilen örneklerdeki durumlarda teşebbüsün mü yoksa hazırlık hareketlerinin mi cezalandırıldığıdır.

Hazırlık hareketleri; *“suç işlemeye karar veren kişinin bu amaçla yapacağı faaliyetler”* dir.²⁵⁷ TCK’ de bazı suçlar için hazırlık hareketleri ayrı birer suç olarak sayılmıştır. *“Suç işlemek için silahlı örgüt kurma”* veya *“Suç için anlaşma”* gibi suçlarda kendini gösteren bu anlayış, son dönemde devletlerce daha fazla kabul gören *“düşman ceza hukuku”* na paralel bir görüntü çizmektedir. Bununla beraber suça teşebbüs için icra hareketlerinin başlaması gerekmektedir. Bunun ne zaman başlayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunsa da; *“işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılmalıdır”*²⁵⁸ görüşüne biz de katılmaktayız. Bu çerçevede 301. maddedeki suçu işlemek amacıyla bir afiş hazırlayıp bunu dağıtmak için sokağa çıkan kişinin afişleri dağıtamadan yakalanması durumunda suça teşebbüs vücut bulmuş olacaktır. Keza fail, afişleri dağıtmak için çıktığı anda icra hareketine başlamıştır. Elinde olmayan sebeplerle suç unsurlarından *“aleniyet”* gerçekleşmemiş olduğu için suç tamamlanamamış sayılacaktır. Bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

Dikkat edilmesi gereken konu ise; hazırlık ve icra hareketlerinin sınırlarının nerede başlayıp nerede biteceğidir. Verdiğimiz örnekteki afişin evde hazırlanması sırasında kişinin yakalanması durumunda, afiş hazırlamanın suçu gerçekleştirmek için elverişli hareketlerden olup olmadığına bakılmalı ve bu aşamada kişinin hareketlerinin icra hareketlerinden olup olmadığı doğru şekilde belirlenmelidir. Keza kişiye daha bu aşamada suça teşebbüsten ceza verilirse düşman ceza hukuku anlayışıyla hareket

²⁵⁷ Centel/ Zafer/ Çakmut, **op. cit.** s. 458

²⁵⁸ **Ibid.**, s.462- 463

edilmiş olacaktır. Burada göz önüne alınması gereken başka bir kıstas da kişinin suç işlemesi halinde toplumda oluşacak zarardır. Bu örnekte afiş asma hareketinin tamamlanması sonucunda aşağılama aleniyet kazanacak, fakat suç nitelik itibariyle bir tehlike suçu olduğu için toplumda zarar suçunda olduğu kadar ani bir etkisi olmayacaktır. 301. maddedeki kurumların prestijlerinin zarar görmesi elbette önemli sayılabilecek bir durum olmasına karşın, bu suçun işlenmesi ile devletin bütünlüğü bizzat zarar görmeyecektir. Dolayısıyla 301. maddedeki suç ile diğer bazı suçlar arasındaki çizgi iyi çizilmelidir. Esasen bu sınırın doğru şekilde çizilmesi için Yargıtay içtihadına bakmak gerekir. TCK' nin 302. maddesindeki “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak” suçunun incelendiği yakın zamanlı bir karara göre;

“Araç fiilin işlenmesine yönelik icra hareketinin, hem zarar ya da tehlike suçu niteliğindeki araç suçun (TCK 302/2) hem de tehlike suçu niteliğindeki amaç suçun (TCK 302/1) “fiil” unsurunu teşkil ettiği görülmektedir. Buna göre elverişli/vahim eylemin diğer tabirle araç suçun, hazırlık hareketi aşamasından icra hareketi safhasına geçmesi, en azından teşebbüs boyutuna ulaşması, “amaçlanan sonucu doğurabilecek icra hareketi olarak belirginleşmesi gerekir. (...)”

Kanuni tanımda yer alan araç fiilin, suç olması gerektiğinde kuşku yoktur. Müstekar uygulamaya göre araç suç, zarar ya da tehlike suçu (...) olabilir. Ancak suç teşkil eden her fiilin de amaç suçu oluşturmak için yeterli/elverişli olmadığı açıktır.

Fiilin elverişli/vahim niteliği taşıyıp taşımadığı ise her olayın özelliğine göre; örgütün amacı, faaliyet alanı, ülke genelindeki organik bütünlüğü, fiilin niteliği, işleniş biçimi, işlenme zamanı, toplumda meydana getirdiği etki, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı, gibi ölçütler değerlendirilerek takdir edilecektir. Toplumda kaos ve tedirginlik oluşturacak, devlet otoritesine olan güveni sarsacak, kamu düzenini, toplum barışını bozarak amaç suçun gerçekleşmesi için elverişli tehlike ortamını hazırlayacak vahim eylemler istikrar kazanmış uygulamalara göre: kasten öldürme, öldürmeye teşebbüs etmek, nitelikli kasten yaralama, yağma/teşebbüs, güvenlik güçleriyle çatışmaya girmek, halkın yoğun olarak bulunduğu ya da kullandığı mahal veya yollara yahut içinde insanlar bulunan nakil araçlarına patlayıcı yerleştirmek, silahlı/nitelikli hürriyeti tahdit suçlarıdır.”²⁵⁹

²⁵⁹ Yargıtay 16. CD, 31.12.2018, 2018/ 3775 E. - 2018/ 5600 K.

Yargıtay' ın kıstası, görüldüğü gibi suçun toplum ya da devlet üzerinde doğurabileceği etkidir. Örneğin toplu bir yerde bomba patlatmayı düşünen kişinin evde bombayı hazırlarken yakalanması halinde, bunlar hazırlık hareketi olarak değerlendirilse dahi kişi teşebbüs aşamasında kalmış gibi cezalandırılacaktır. Aynı husus devletin bütünlüğünü bozmayı hedef alan ya da terör suçları için de uygulanmaktadır. Bir başka Yargıtay kararı icra hareketlerinin ne zaman başlayacağı hususunda şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur:

“Yargıtay tarafından da uygulanagelen (...) objektif teori-Frank formülüne göre; suçun kanuni tarifinde unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığını kabul etmek gerekir. Gerçekleştirilen bir hareketin icra hareketi teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, hareketin harici olarak değerlendirilmesiyle yetinilmemeli, özellikle bu hareketin suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olup olmadığı ve suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verip vermediği de araştırılmalıdır. Bir hareket kısmi olarak tipik olmasa da mahiyeti itibariyle yapılan değerlendirmeye göre tipik harekete zorunlu olarak bağlı ise icra hareketi sayılmalıdır.(...)”

“Şu hale göre; henüz yeri ve zamanı belli olmayıp gelecekte yapılması planlanmış olan bir saldırıda kullanılmak amacıyla ormanlık alan içinde gözlerden uzak bir yere silahlı terör örgüt mensupları tarafından hazırlanıp temin edilen bomba düzeneği gömmekten ibaret eylemlerinin, nitelikli kasten öldürmeye teşebbüs suçu yönünden hazırlık hareketi kapsamında kalıp icrai hareketlerine başladığının kabulüne yasal imkan bulunmamaktadır.”²⁶⁰

Hazırlık hareketlerinin de cezalandırıldığı “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu ile alakalı bir olayda ise YCGK; bu suç ile korunan hukuki yararın kamu barışı ve güvenliği olduğunu belirttikten sonra bunların bozulmasının kişilerin güvenli ve barış içinde yaşama hakkına da hanel getireceğinden bahsetmiştir. Dolayısıyla işlenmesi amaçlanan suçlar için hazırlık hareketi niteliğinde olan bazı fiillerin ayrı ve bağımsız birer suç teşkil edeceği ifade edilmiş ve bu tür bir düzenleme ile bireyin Anayasaca güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerine yönelmiş fiillere karşı korunmasının amaçlandığı vurgulanmıştır. Amacı bu şekilde belirleyen Kurul, henüz suç işlenmemiş dahi olsa suç işlemek amacıyla örgüt kurma durumunda bu örgütün

²⁶⁰ Yargıtay 16. CD, 11.07.2018, 2017/ 4292 E. - 2018/ 2478 K.

üyelerinin cezalandırılacağını savunmuştur. Bahsi geçen suçun kamu barışı açısından önemli bir tehlike oluşturduğunu bir kere daha vurgulayan Kurul, bu suçun cezalandırılması ile gelecekte işlenebilecek suçların engellenmek istendiğinin altını çizmiştir.²⁶¹

Poster ve afiş dağıtma örneği ile alakalı olarak Yargıtay 9. CD:

“Yapılan ihbar üzerine kollukça takip edilen ve "dur" ihtarına uymayıp kaçan otomobil içinde ele geçirilen örgüt bayrakları, örgütün elebaşına ait posterlerin dağıtılmadan yakalanmış olması ve sanığın bu malzemeler üzerinde parmak izlerinin bulunması karşısında; eylemin silahlı terör örgütüne yardım suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmeden tamamlanmış kabul edilerek fazla ceza tayini

Kanuna aykırı (...)”²⁶²

Bu karara yerel mahkemece direnilmiş; ancak YCGK direnme hükmünü yerinde görülmemiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur.²⁶³

Görüldüğü üzere özellikle terör suçları ya da devlete karşı suçlarla alakalı olarak teşebbüs ve hazırlık hareketleri cezalandırılabilir. 301. maddedeki suç da kanunda “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlendiği için bu kapsama girip giremeyeceği tartışılmıştır. Kanımızca, suç her ne kadar bu başlık altında düzenlenmiş olsa da aşağılama ve hakaret gibi hareketleri cezalandıran bölüm olan “*Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*” bölümü altında düzenlendiği için; bir sonraki bölüm olan “*Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar*” dan, yarattığı etki ve kamu düzeni bakımından daha az önemli olduğu varsayılabilir. Düzenleniş bakımından 299., 300. ve 301. maddedeki suçların tehlike suçu olarak kabul edilmesi ve diğer zarar suçlarından ayrılması bizce kanun koyucu tarafından bilinçli olarak ve suçların arasındaki farkı ortaya koymak amacıyla yapılmıştır. Dolayısıyla 301. maddenin diğer bölümlerdeki suçlar ile aynı şekilde değerlendirilmesi ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılması uygun olmaz.

Afiş örneğine geri dönülecek olursa, kişinin evde 301. madde kapsamında suç unsurları içeren afişi hazırlarken yakalanması kanımızca hazırlık hareketi olup her ne

²⁶¹ YCGK, 30.10.2018, 2018/ 9- 82 E. - 2018/ 486 K.

²⁶² Yargıtay 9. CD, 12.04.2010, 2008/ 11926 E. - 2010/ 4203 K.

²⁶³ Karar için bkz. YCGK, 31.10.2012, 2012/ 9- 1234 E. - 2012/ 1825 K.

kadar bu suç için teşebbüs mümkün gözükse de, kişinin bu hareketi teşebbüs kapsamında değerlendirilmemelidir. Aksi takdirde bu tür hareketlerin cezalandırılması, düşman ceza hukuku anlayışının genişlemesi sonucunu doğuracaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki; doktrinde bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı da savunulmaktadır. Bunun gerekçesi olarak ise; *“hareketin aleniyet niteliğini haiz olması gerekmesi ve aleni olmayan bir hareketin suçun işlenmesi için elverişli olmaması”* gösterilmektedir. Dolayısıyla örneğin içerisinde Türk Milleti’ ni aşağılayıcı ifadeler bulunan bir bildirinin mitingde okunmadan önce ele geçirilmesi durumunda suçun aleniyet unsuru gerçekleşmediği için suça teşebbüs mümkün olmayacaktır.²⁶⁴

Yukarıda teşebbüsün tanımı verilirken, kıstaslardan birinin *“icra hareketlerinin tamamlandığı halde failin isteği (iradesi) dışındaki nedenlerden dolayı sonucun meydana gelmemesi”* olduğu söylenmiştir. Bu bağlamda, tek başına kürsüye çıkan ve bir kalabalığa 301. maddedeki kurumları aşağılayıcı ifadeleri içerir konuşma yapmak isteyen kişi örneğinde; elverişli bir araç olan mikrofonun bozulması ve bu yüzden aşağılamanın kalabalıkça duyulamaması ve akabinde kişinin yakalanması durumunda suça teşebbüsten söz edilebilecektir. Mikrofonun bozuk olduğunu bilinmemesi teşebbüsü etkilemez. Zira Yargıtay ve doktrin tarafından kabul edilen görüşe göre; *“Failin aracın elverişli olmadığını bilmemesi şart değildir.”*^{265 266}

Bir başka örnek ise kitle iletişim araçları ile bu suçun işlenmek istenmesinde karşılaşılan durumlardır. Kişinin alenen aşağılama kastıyla, çıktığı televizyon programı canlı yayınlanırken sarf ettiği sözler esnasında yayının kesilmesi ve bu sözlerin izleyicilere ulaşamaması durumunda, suça teşebbüs vuku bulacaktır. Bu iki örnekteki *“elverişli araç”* kavramını daha iyi anlayabilmek için Yargıtay kararlarına bakmak gerekir. Bu kararlardan birinde;

*“(…) Başka bir deyişle, aracın elverişli olması demek, kastedilen sonucu meydana getirme gücünde, etkinliğinde kapasite ve yapısında olması demektir. Failin, aracın elverişli olmadığını bilmesi şart değildir.”*²⁶⁷

²⁶⁴ Bu görüş için bkz. Sancar, **op. cit.**, s. 240

²⁶⁵ İçel, **op. cit.**, s. 514

²⁶⁶ Demirbaş, **op. cit.**, s. 465- 467

²⁶⁷ YCGK, 02.03.1987, 1986/ 1- 549 E. - 1987/ 92 K.

denilerek esasen savunduğumuz görüş desteklenmektedir. Bu noktada teşebbüse elverişlilik ve işlenemez suç kavramları arasındaki ince ayrıma da değinilmelidir. İşlenemez suç, bir ceza hükmünü ihlale yönelik olmasına rağmen hareketin veya aracın işlenmek istenen suçu oluşturan tehlike veya zararı meydana getirmeye elverişli olmaması ya da hareketin konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız olması şeklinde tanımlanmış²⁶⁸ olup bu kavrama örnek olarak silahla öldürülmek istenen kişinin önceden sair bir nedenle ölmüş olması ya da kişinin kendisine ait olan eşyayı çalması verilebilir. Doktrinde bu tür hareketlerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; fail tarafından gerçekleştirilen hareket, suç konusu üzerinde herhangi bir tehlike meydana getirmeyecek nitelikte ya da meydana gelebilecek tehlike önemli değilse, teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Diğer bir görüşe göre ise; kişi suç işleme kastını ortaya koyarak tehlikeli bir kişiliğe sahip olduğunu beyan etmekte ve bu yüzden cezalandırılması gerekmektedir.²⁶⁹ Esasen ikinci görüş olan sübjektif teoriye katılmamakla beraber, objektif teoriye de kısmen katılmaktayız. Zira yukarıda verdiğimiz mikrofona bozuk olması sonucu aşığılamanın seyirciler tarafından duyulamaması örneğinde, her ne kadar mikrofona bozuk olma durumu işlenemez suç tanımındaki “kullanılan aracın elverişsizliği” başlığı altında değerlendirilebilecek olsa da, teşebbüs için elverişsiz hareketin bu niteliğinin failce bilinmiyor olması şart olmadığı için 301. maddedeki suça teşebbüs de mümkün gözükmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki; işlenemez suç ile suça teşebbüs arasındaki çizgi incedir ve kanunda da bunların ayrımı konusunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla bu ayrımın iyi belirlenmesi için her olay özelinde ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır.

Sonuç olarak kanımızca, 301. maddedeki suçu gerçekleştirmek kastıyla hareket eden kişi, objektif şekilde elverişli araçlarla hareket etmesine karşın elinde olmayan sebeplerle suçu aleni hale getirememişse, bu durumda suça teşebbüs gerçekleşmiş olacaktır.

²⁶⁸ Uğur Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 223, s. 1- 2

²⁶⁹ İçel, **op. cit.**, s. 531- 532

B- İştirak

Suçun özel görünüş biçimlerinden birisi de iştirak olup bu bölümde 301. maddedeki suça iştirak edilip edilemeyeceği tartışılacaktır. İştirak, “*bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi hali*”^{270 271} olarak ifade edilmiştir. İştirak koşulları kısaca şu başlıklar altında toplanabilir: “Birden çok kişi tarafından gerçekleştirilen birden çok hareketin bulunması”, “gerçekleştirilen hareketlerin nedensel değer taşıması”, “suça katılma iradesinin bulunması” ve “katılanlar bakımından aynı olan suçun icrasına başlanmış olması ve bağlılık kuralı”.²⁷² 301. madde de bu kapsamda değerlendirilecektir; ancak önceki bölümlerde belirttiğimiz üzere suç herkes tarafından işlenebildiği, dolayısıyla özgü suç olmadığı için; bu bölümde özgü suçlara iştirak konusuna doğal olarak değinilmeyecektir.

İlk bakışta, 301. maddedeki suça iştirakin her hali mümkün gözükmektedir.²⁷³ Bilindiği üzere iştirak; asli iştirak ve fer’ i iştirak olmak üzere ikiye ayrılır. Asli iştirakın içine faillik ve azmettirme girerken, fer’ i iştirak yardım etme olarak da adlandırılır. 301. maddedeki suça asli maddi iştiraka (müşterek faillik) örnek olarak; birlikte yazılan ve bir dergide çıkan bir makale örnek gösterilebilirken, asli manevi iştiraka (azmettirme) örnek olarak ise; bir kişinin başka bir kişiyi maddede sayılan kurumları alenen aşağılama konusunda azmettirmesi verilebilir. Bununla beraber, TCK’ nin 39. maddesinde düzenlenen “yardım etme”, yani fer’ i iştirak durumuna; başka bir kişiye suçun işlenmesinden önce veya sonra yardımda bulunacağını vaat etmek örnek verilebilir.

İştirak konusu kapsamında; Yargıtay tarafından verilen bir kararda; eski 159. maddedeki suçun internetteki bir forum kanalıyla işlenmesi olayında, karşı oy görüşü olarak forumu açan kişinin mesajları görüp silmemesinin ve bunları yetkili mercilere bildirmemesinin suça iştirak edildiği anlamına geldiği belirtilmektedir. 9. CD’ nin kararında, bilirkşi ve keşif yapılması gerektiği gerekçesi ile üyelerin çoğunluğu tarafından verilen bozma kararına karşı oy kullanan bir üyenin gerekçesini özetlemek gerekir. Bu karşı oy gerekçesinde, sanığın gelen istekler üzerine “Türkiye’ de İnsan

²⁷⁰ Dönmezer/ Erman, **op. cit.**, s. 446

²⁷¹ Benzer tanım için bkz. İçel, **op. cit.**, s. 547

²⁷² **Ibid.**, s. 550- 557

²⁷³ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 5. Cilt, **op. cit.**, s. 8069

Hakları İhlalleri” başlıklı bir forum açtığı, buraya gelen ve suç konusu teşkil eden mesajları okuduğunu fakat bir suç ögesine rastlamadığı için yetkili makamlara müracaat etmediği, başka bir kişi tarafından yapılan sayfanın kapatılması konusundaki ihtarla uymayıp dört gün daha bilgisi dâhilinde sayfayı açık tuttuğu belirtildikten sonra o tarih itibarıyla internetteki yayınlar ile alakalı herhangi bir kanuni düzenleme olmamasından bahisle genel hukuk kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun neticesinde, sanığın suç teşkil eden mesajları görmesine rağmen sayfayı kapatmaması ile yüklenen suçları işlediği anlamına geldiği ve sayfanın açık bırakılması neticesinde suçun alenileştiği²⁷⁴ belirtilmiş ve çoğunluk görüşünün aksi yönünde bir görüş beyan edilmiştir.

Bu karşı oyda kişinin her ne kadar müşterek fail olduğunu ima eden bir görüş beyan edilmiş olsa da, kanımızca burada fer’ i maddi iştirak da tartışılmalıdır. Zira fail ihmali hareketle suçun oluşmasına yardım etmiştir. Ancak yardım edenin eylemi suçun işlenmesini sadece kolaylaştırmadığı, aynı zamanda önem gösterdiği için²⁷⁵ müşterek faillik vücut bulmuştur.

1- Suçun Basın- Yayın Yoluyla İşlenmesi

301. maddedeki suç pekâlâ basın- yayın yoluyla işlenebileceği için bu hususun daha detaylı açıklanması gerekmektedir. Basın- yayın yoluyla işlenen suçlar için bakılması gereken ilk düzenleme 5187 s. Basın Kanunu’ dur. Bu Kanun’ un 11. maddesinde cezai sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; maddenin ilk fıkrasında “basılmış eserler yoluyla işlenen suçların yayım anında oluşur”. Dolayısıyla 301.maddedeki suçun dergi veya gazete gibi yazılı bir eser yoluyla işlenmiş ve aleniyet kazanmış sayılabilmesi için bunun basılmış olması gerekir. Maddede sorumluluk belirlenirken ikili bir ayırım yapılmıştır: süreli (dönemsel) yayınlar ve süreli olmayan (dönemsel olmayan) yayınlar. Bu iki yayın türünde ilk olarak eser sahibinin sorumluluğu kabul edilmiştir. Eser sahibi ise, aynı kanunun ikinci maddesinin “ı” bendinde “*Süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmi ya da karikatürü yapan*” kişi olarak tanımlanmıştır.

²⁷⁴ Yargıtay 9. CD, 25.10.2001, 2001/ 1854 E. - 2001/ 2649 K.

²⁷⁵ İçel, **op. cit.**, s. 571

Kanunda “*Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınları*” olarak tarif edilen süreli yayınlar için 11. maddede kademeli bir cezai sorumluluk öngörülmüştür. Eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkililerin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Fıkranın devamında;

“Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.”

denilmiştir. Yeni kanunla birlikte sorumlu müdür eski kanundaki taksirden doğan sorumluluk düzenlemesinin aksine “asli fail” addedilmiştir. Dolayısıyla sorumlu müdürün, eser sahibinin işlediği suça iştirak etmesi yeni kanuna göre mümkün gözükmemektedir. Sorumlu müdür ile genel yayın yönetmeni, yayın yönetmeni, basın danışmanı ve editör gibi sorumlu müdüre bağlı olan kişilerin sorumlulukları “yedek ve ikincil (tali)” olarak açıklanabilir. Bu kişilerin sorumluluklarının doğabilmesi için eser sahibinin bilinmiyor olması gerekir.²⁷⁶

Belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda ise yazı işleri müdürü taksirli davranışı neticesinde 301. maddedeki unsurları ihtiva eden eserin yayınlanmasına onay vermiş olabilir. Bu durumda, TCK’ nin 22. maddesinde düzenlenen “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” kuralına istisna yaratılıp yazı işleri müdürünün de eser sahibi ile aynı cezayı alacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla her ne kadar 301. maddedeki suç kasten işlenebilen bir suç olsa da basın- yayım yoluyla bu suçun işlenmesi halinde yazı işleri müdürü taksirli davranışından sorumlu olacak ve eser sahibi gibi cezalandırılacaktır.

Süreli olmayan yayınlar (süresiz yayınlar) ise Basın Kanunu’ nun 2. maddesinde “*Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserler*” olarak tanımlanmıştır. 11. maddede ise bu tür yayınlarda cezai sorumluluk düzenlenmiştir.

²⁷⁶ İçel, *Kitle İletişim Hukuku, op. cit.*, s. 294

Maddenin 4. fıkrasına göre; “Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.” Süreli yayınlarda olduğu gibi eser sahibinin anonim olması (bilinmemesi) halinde bu yayınlar için de aşamalı bir ceza sorumluluğu getirilmiştir. Yukarıda yazı işleri müdürünün taksiri için yapılan açıklamalar süresiz yayınlardaki yayımcı için de geçerlidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; 301. maddedeki suçu ihtiva eden basılı eserin satılması ya da dağıtılması yeni kanunla birlikte sorumluluk doğurmamakta, bu kişiler 301. maddedeki suçun faili ya da iştirakçisi olarak değerlendirilmemektedir.²⁷⁷

2- Suçun İnternet Ortamında İşlenmesi²⁷⁸

Günümüzde hakaret ve aşağılama gibi suçların belki de en sık meydana geldiği ve alenileştiği yer İnternet’ tir. Zira insanların elektronik ortamda sosyalleşmesi ve mütemadiyen birbirleriyle etkileşim halinde bulunmasının sonucu olarak bu tür suçların tespiti ve bunlarla alakalı olarak suç duyurusunda bulunulması sıklaşmıştır. İnternet ortamında işlenen 301. maddedeki suç neticesinde kimlerin cezai sorumluluğunun doğduğunu ve bunlara iştirakin mümkün olup olmadığını belirleyebilmek için 5651 s. “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” a bakmak gerekir. Bu kanunda ileride cezai sorumluluklarından bahsedeceğimiz erişim sağlayıcı; “Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler”, içerik sağlayıcı; “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler”, toplu kullanım sağlayıcı; “Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan” ve yer sağlayıcı “Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır.

²⁷⁷ Basın- yayın yolu ile işlenen suçlarda cezai sorumluluk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, **Kitle İletişim Hukuku, op. cit.**, s. 287- 320

²⁷⁸ Bu konu ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. **Ibid.**, s. 508- 512

İçerik sağlayıcı dediğimiz kişi esasında önceki bölümde bahsettiğimiz eser sahibiyle benzer kişi olup İnternet ortamında bir yazı, ses, görüntü paylaşan kişidir. Bu kişinin sorumluluğu Kanun’ un 4. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.

İçerik sağlayıcı, Kurumun bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim eder ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri alır.”

İçel, maddenin ikinci fıkrası ile getirilen düzenlemenin yardımcı norm niteliğini haiz olduğunu ve yasal karine olarak anlaşılmaması gerektiğini belirtmiştir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; hâkim, iştirak kurallarını dikkate alarak içerik sağlayıcılarının cezai sorumluluklarını ceza hukuku prensip ve kaidelerine göre serbestçe tayin edebilecektir.²⁷⁹

Yer sağlayıcıların yükümlülükleri ise; Kanun’ un 5. maddesinde belirlenmiştir. Maddenin ilk iki fıkrası aşağıdaki gibidir:

“Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür.”

Görüldüğü gibi, 301. maddedeki suçun İnternet ortamında işlenmesi halinde yer sağlayıcılarının herhangi bir cezai sorumluluğu doğmadığı gibi, sadece hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağladığı veya işlettiği için “fail” niteliğini kazanmayacaktır.

²⁷⁹ Ibid., s. 512- 513

Erişim sağlayıcısı ile ilgili olarak Kanun’ un 6. maddesinin 2. fıkrasında; *“Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.”* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Dolayısıyla yer sağlayıcıları için yapılan yorumlar erişim sağlayıcısı için de yapılabilir.

Son olarak toplu kullanım sağlayıcısına örnek olarak internet kafeler ya da havalimanı, kafe ve otel gibi yerlerde kişilerin kullanımına sunulan İnternet hizmetini sağlayan kişi ve yerler verilebilir. Kanun’ un 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre;

“Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.”

Bu düzenleme ile toplu kullanım sağlayıcılarının da sırf bu hizmeti sağladıkları için suçun faili olmaları engellenmiştir.

Son olarak belirtilmelidir ki; yukarıda saydığımız kişilerin, koşulları oluşmak kaydıyla 301. maddedeki suça iştirak edebilecekleri de gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin toplu kullanım sağlayıcı, içerik sağlayıcının 301. maddedeki suçu gerçekleştirmesi için yardımda bulunmuş olabilir. Bu örnekte fer’ i iştiraktan bahsedilecektir. Zira TCK madde 39’ un ikinci fıkrasının “b” bendine göre; *“(…) fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak”* da yardım etme kapsamına girmektedir. Suçun işlenmesi için gereken İnternet erişimini sağlayan kişi de bu kapsamda değerlendirilmeli ve suçun yardım edeni sıfatını kazanmalıdır. Bununla birlikte suça müşterek fail olarak katılmak da son derece mümkün gözükmemektedir. İnternette yapılan bir canlı yayın esnasında yayın yapan birden fazla kişinin örneğin Devlet’ in emniyet teşkilatını aşağılaması durumunda yayın yapan kişilerin her biri fail sayılacaktır.

C- İçtima

Bu bölümde 301. madde, TCK’ nin 42., 43. ve 44. maddelerinde *“Suçların İçtimaı”* başlığı altında düzenlenen müesseseler olan “bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima” çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bileşik suç kanunda; *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç”* olarak tanımlanmış ve bu suçlara içtima hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. 301. maddeye bakıldığında bu tür bir durumun söz konusu olmadığı aşikârdır.

Zincirleme suç ise; kanuni tanımı itibarıyla; *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi”* dir. Bu durumda bir cezaya hükmedilir, ancak verilecek ceza artırılır.

Maddenin devamı şu şekildedir:

“Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”

Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.”

43. maddede mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı söylendiği için 301. maddedeki suç da bu hükümlere tabi olacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise aynı suçun birden fazla kişiye tek bir fiille işlenmesi halinin de zincirleme suç kapsamına gireceği belirtilmiştir. İştirakin aksine içtima konusunda Yargıtay tarafından verilmiş birçok karar mevcuttur. Bu kararlar üzerinden gidilerek değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Yargıtay, failin aynı anda 301. maddede belirtilmiş olan kurumlardan birkaçını ya da hepsini aşağılaması durumunda her bir aşağılamayı ayrı birer suç olarak değerlendirmektedir:

“Basın yolu ile Devletin askeri ve emniyet muhafaza kuvvetlerini, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Cumhuriyeti alenen tahkir ve tezyif etmekten sanık (...)’ ın yapılan yargılaması sonunda (...)

Suça konu yazıda sanığa Devletin askeri ve emniyeti muhafaza kuvvetlerini, Büyük Millet Meclisini tahkir ve tezyif suçlarının da olduğu, bu suçlardan da ayrı

ayrı ceza tayini gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır.”²⁸⁰

“Sanığın, hükümetin, adliyenin manevi şahsiyetlerini ve devletin emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek suçlarından TCY’nin 159. maddesi gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken maddenin bir defa uygulanması ile yetinilmesi yasaya aykırıdır.”²⁸¹

Bu görüş Sancar tarafından da desteklenmektedir. Yazara göre; suç seçimlik hareketli bir suç olmadığı ve maddede sayılan her bir kurumun ayrı ayrı saygınlığı korunmak istendiği için; aynı hareketle bu kurumlardan birden fazlası aşağılandığı zaman her biri için ayrı bir suç oluşacaktır.²⁸² Artuk/ Caner/ Yenidünya ise bu görüşün aksini savunmakta ve bu tip bir durumda tek bir suçun oluşacağını söylemektedirler. Bununla beraber 301. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki kurumlar aynı hareket ile aşağılanıyorsa, bu durumda ya gerçek içtima ya da TCK madde 43/ 2’ deki aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.²⁸³ Aynı neviden fikri içtima kavramı, İçel’ e göre Alman ekolünden gelmekle birlikte, *“bir fiilin aynı kanun hükmünü birden çok ihlal etmesi”* anlamına gelmektedir.²⁸⁴

Bazı yazarlara göre ise; 301. maddede sayılan kurumlardan birinden fazlasına tek bir hareket ile aşağılamada bulunulmuşsa içtima hükümleri uygulanmalıdır.²⁸⁵ Buna karşın Tezcan/ Erdem/ Önok, hakaret suçu için yaptığı değerlendirmede; hakaret edilen kişiler bir topluluk oluşturuyorsa tek bir suç söz konusu olurken, topluluğun içindeki bireylerin hedef alınması durumunda mağdur sayısınca suçun oluşacağını ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını savunmuştur.²⁸⁶

Yargıtay’ ın, 159. madde ile alakalı olarak önüne gelen bazı olaylarda zincirleme suç kapsamında yaptığı değerlendirmelerden bazıları şunlardır:

²⁸⁰ Yargıtay 9. CD, 04.04.2002, 622 E. - 756 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 180)

²⁸¹ Yargıtay 9. CD, 16.01.1978, 41 E. - 27 K (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 209)

²⁸² Sancar, **op. cit.**, s. 235- 236

²⁸³ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **op. cit.**, s. 8070- 8071

²⁸⁴ Kayıhan İçel, **Suçların İçtiması** (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 77

²⁸⁵ Çetin, **op. cit.**, s. 177- 178

²⁸⁶ Tezcan/ Erdem/ Önok, **op. cit.**, s. 568- 569

“Sanığın yazıp bir bütün halinde yazı işleri müdürlüğüne tevdi ettiği suça konu yazının, kendi istek ve iradesi dışında tefrika halinde yayınlanmış bulunduğu dair aksi sabit olmayan savunması karşısında hükmolunan temel cezanın TCY’nin 80. maddesi uyarınca arttırılmasına olanak bulunmadığının gözetilmemesi kanuna aykırıdır.”²⁸⁷

“Sanık H.D.’in sorumlu müdürlüğünü yaptığı Ö.O. Gazetesinin 16-17-18.7.1994 tarihli nüshalarının 1-8. sayfelerinde Toplama Kampından Kurtulanlar Anlatıyor ana başlığı altında yayınlanan birbirinin devamı mahiyetindeki yazılarda askeri kuvvetlerin tahkir ve tezyif edildiği kabul edilmekle birlikte bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi karşısında sanık hakkında TCY’nin 80. maddesinin uygulanmaması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.”²⁸⁸

“(...) T... isimli Derginin 1.7.1993 ve 1.8.1993 günlü sayılarında yayınlanan yazıların iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabul edilerek TCY’nin 159/1, 80. maddeleriyle uygulama yapılmak suretiyle sanığa eksik ceza tayini,

Kanuna aykırı ve c. savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.”²⁸⁹

““Lice Katliamı” başlıklı yazı aynı gazetenin değişik tarihli nüshalarında tefrika halinde yayınlanarak, bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak Kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlali niteliğinde olduğu cihetle, bu yazılardan dolayı sanık hakkında TCY’nin 80. maddesinin uygulanmaması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.”²⁹⁰

Yukarıdaki Yargıtay kararlarında bahsedilen eski TCK’ nin 80. maddesi ise şu şekilde düzenlenmişti:

²⁸⁷ Yargıtay 9. CD, 25.03.1996, 556 E. - 1682 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 193)

²⁸⁸ Yargıtay 9. CD, 12.03.1996, 430 E. - 1347 K. (Erişim: **Ibid.**)

²⁸⁹ Yargıtay 9. CD, 29.11.1995, 6349 E. - 6288 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 194)

²⁹⁰ Yargıtay 9. CD, 24.04.1995, 2118 E. - 2887 K. (Erişim: Çetin, **op. cit.**, s. 198)

“Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar artırılır.”

Yukarıda belirttiğimiz gibi, 5237 s. k.’ un 43. maddesinin ilk iki fıkrasında eski TCK’ nin tanımı korunmuştur. Verilen örnek Yargıtay kararlarından görüleceği üzere; her ne kadar farklı zamanlarda kanunun aynı hükmü ihlal edilmiş olsa da anlaşılan odur ki; “bir suç işleme kararının eksikliği” nden ötürü bunlar tek bir suç sayılmamış ve zincirleme suç hükümlerinin bu olaylarda uygulanamayacağı belirtilmiştir. Yargıtay’ ın benimsediği bu anlayış Sancar’ ın görüşüyle de örtüşmektedir.

Bununla birlikte yazarlarca; bir temizlikçinin gün aşırı ev sahibinden para çalması örneğinde olduğu gibi, bir bütün olarak sunulan yazının yayımının parçalara bölünerek farklı zamanlarda sunulmasının zincirleme suçtan kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir.^{291 292}

Zincirleme suç dışında bu suçta fikri içtimanın varlığı da tartışılmalıdır. “Tek fiille kanunun çeşitli hükümlerini ihlal”²⁹³ olarak tanımlanabilecek fikri içtimanın tanımı TCK’ nin 44. maddesinde şu şekilde yapılmıştır: *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”* Bu tip durumlar elbette 301. madde için de geçerlidir. Örneğin; 2017 Anayasa değişikliği öncesi, içerisinde Hükûmeti aşağılayıcı ifadeler bulunan yazı, aynı zamanda halkı Hükûmete karşı isyana tahrik eden ifadeler de ihtiva ediyorsa, bu durumda TCK madde 313’ teki *“Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan”* suçu da işlenmiş olacağı için; tek bir hareketle birden fazla suç söz konusu olacak ve fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.

²⁹¹ Sancar, **op. cit.**, s. 236

²⁹² Salihoğlu/ Parlar/ Öztürk, **op. cit.**, s. 76

²⁹³ İçel, **Suçların İçtimai**, **op. cit.**, s. 58

IX- YAPTIRIM

301. maddedeki suçun işlenmesi halinde verilecek cezanın miktarı ve türü 1926 yılından bu yana birkaç kez değişikliğe uğramıştır. Maddenin ilk halinde Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu ile aynı ceza öngörülmüş; suçun yüze karşı işlenmiş olması durumunda failin 3 seneden az olmamak üzere ağır hapis cezası ile, gıyapta işlenmesi halinde ise 1 seneden 3 seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. 1936 yılındaki değişiklik ile ceza 1 sene ile 6 sene arası ağır hapis cezası olarak düzenlenmiş, 1938 ve 1946 yılında maddede yapılan değişikliklerde ise ceza miktarı ve türü artırılıp azaltılmamıştır. 1961 yılına gelindiğinde; bu cezaya ek olarak, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına ve Büyük Millet Meclisi kanunlarına alenen sövenlerin 15 gün ile 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacağı hükmü getirilmiştir.

2002 yılında 4744 s. k. ile maddede yapılan değişiklik neticesinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına ve Büyük Millet Meclisi kanunlarına alenen sövenler için getirilen para cezası kaldırılmış, ilk fıkradaki "1 seneden 6 seneye kadar ağır hapis" cezası ise 1 seneden 3 seneye kadar hapis cezasına indirilmiştir. Bir sene sonra yapılan madde değişikliği ile alt sınır 6 aya düşürülmüş, 5237 s. k.'un yürürlüğe girmesi ile, aşağılanan kurumlar arasında bir ayırım yapılarak cezalar da farklı şekilde belirlenmiştir: Türklüğü, Cumhuriyeti ve TBMM'yi aşağılamak 6 aydan 3 seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırken, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti, Devletin yargı organları ve Devletin askerî ve emniyet teşkilatını aşağılamanın cezası 6 aydan 2 seneye kadar hapis cezası şeklinde düzenlenmiştir. Son olarak maddede yapılan 2008 değişikliği ile bu ayırım ortadan kaldırılmış ve bu yeknesaklık sonucu maddede sayılan kurumlardan herhangi birinin aşağılanması durumunda, "6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası" şeklinde tek bir ceza öngörülmüştür.

X- USUL HÜKÜMLERİ

A- İzin Şartı

Bu başlık altında kovuşturma koşulları arasında sayılan izin şartından bahsedilecektir. Önemle belirtilmelidir ki; izin şartı esasen iki başlık altında incelenmelidir: İlki, kişiler için, ikincisi suçlar için verilen izin. Kişiler için verilen izin, kaynağını Anayasa' nın 129. maddesinin son fıkrasından alır. Zira bu fıkra göre;

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”

Görüldüğü üzere kamu görevlilerinin işledikleri suçlardan dolayı aleyhlerine kovuşturma başlatılması için idari merciden izin alınması gerekmektedir. Bununla beraber bazı özel suçların soruşturulması ya da kovuşturulması da izne bağlanabilir. 301. madde de bunlardan biridir. Zira maddedeki suçu herkes işleyebileceği için bazı kişilerin bu suçu işlemesi halinde izin şartı değil suçun soruşturulması için bu şart öngörülmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken husus iznin esasen bir kovuşturma şartı olmasına karşın, 301. madde için bir soruşturma şartı olarak öngörülmesidir. İşbu durum sadece 301. maddeye özgü bir durum da değildir. Örneğin avukatların görevleri nedeniyle soruşturulması da aynı türden bir izne tabidir: Avukatlık Kanunu madde 58' e göre bu izin Adalet Bakanlığınca verilebilir.

Kişiler ve suçlar için verilen izin dışında bir ayrım da iznin soruşturma ya da kovuşturma aşamasına başlamak için veriliyor olmasıdır. Bu bağlamda örneğin TCK' nin 299. maddesinde düzenlenen “Cumhurbaşkanına hakaret” suçunun, 305. maddedeki “Temel milli yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama” suçunun (savaş hali dışında işlenmesi halinde) veya 306. maddedeki “Yabancı devlet aleyhine asker toplama” suçunun kovuşturulması Adalet Bakanı iznine bağlanmıştır.

Bunun aksine TCK' de soruşturması izne bağlanan tek suç ise 301. maddedeki suçtur. Yalnız bu noktada Yargıtay' ın bahsi geçen izin şartının bir soruşturma şartı mı, yoksa bir kovuşturma şartı mı olduğu konusunda çelişkili kararlarının mevcut olduğunu belirtmek gerekir:

*“Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçunda kovuşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine bağlanmış olup; niteliği itibarıyla maddi ceza hukuku yönünden lehe sonuç doğuracağından, gerekli izin istendikten sonra yargılamaya devamla sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunmaktadır.”*²⁹⁴

*“Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5759 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik 5237 Sayılı T.C.K.nın 301. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlandığı ve iznin niteliği itibarıyla maddi ceza hukukunu da ilgilendirdiği anlaşıldığından, anılan fıkra uyarınca gerekli izin istendikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğinin gözetilmemesi”*²⁹⁵

*“Devletin yargı organlarını alenen aşağılama suçundan şüpheli hakkında suçtan soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır. Soruşturma izni verilmediğinden soruşturma şartının gerçekleşmediği gözetilmelidir.”*²⁹⁶

“5237 sayılı T.C.Y.'nin 5759 sayılı Yasa ile değişik 301/4 maddesi uyarınca devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçunu işleyen kişi hakkında Cumhuriyet savcısının re'sen soruşturma yapma yetkisi bulunmamaktadır. Belirtilen yasa hükmüne göre, soruşturmanın başlaması Adalet Bakanının izin vermesi koşuluna bağlıdır. Yetkili merci izin vermedikçe soruşturma aşamasına geçilemeyeceğinden şüpheli kişi veya kişiler hakkında Cumhuriyet Savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi de olanaklı olmayacaktır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ancak 5237 sayılı T.C.Y.'nin 5759 sayılı Yasa ile değişik 301/4 maddesi uyarınca Adalet Bakanı tarafından soruşturma izni verildikten sonra yapılacak soruşturma sonunda verilebilecektir. İncelenen dosyada Eyüp Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılama

²⁹⁴ Yargıtay 9. CD, 15.03.2011, 2009/ 6883 E. - 2011/ 1703 K.

²⁹⁵ Yargıtay 9. CD, 18.06.2013, 2012/ 4775 E. - 2013/ 9266 K.

²⁹⁶ Yargıtay 9. CD, 05.05.2011, 2011/ 3435 - 2011/ 2702 K.

suçundan şüpheliler A.S. ve M.K. hakkında Adalet Bakanından izin almadan suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın hukuken geçersiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda merciin incelenebilecek nitelikte hukuken geçerli bir kovuşturmaya yer olmadığına dair karar bulunmadığından "karar vermeye yer olmadığına" karar vermesi gerekirken itirazın kabulü yönündeki kararının hukuka uygun olmadığı görülmektedir.”²⁹⁷

“Yapılan yargılama sonunda sanık hakkında açılan kamu davasının 5759 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK'nın 301/4. maddesi uyarınca bu suçtan soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı iznine tabi olduğu (...)”²⁹⁸

301. maddedeki izin şartının tarih boyunca farklı makam ve kişilere verilmesi ya da verilmek istenmesi de dikkat çeken başka bir noktadır. İlk olarak 1926 yılında bu izin Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca veriliyorken, 1936 yılındaki değişiklik ile izin makamları Adliye Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı ve Meclis Başkanı, Meclis Başkanı olmadığı takdirde yerine vekâlet eden kişi olmak üzere üçe çıkartılmıştır. Bundan iki yıl sonra maddede yapılan değişiklik ile önceki düzenleme hatalı görülmüş ve Adalet Bakanlığı izin makamı olarak belirlenmiş ve izin şartı tek bir çatı altında toplanmak istenmiştir. 5237 s. k.' un 301. maddesinin metninde bu suç ile alakalı herhangi bir izin şartı ve bunu verecek makam belirtilmemiştir. Son olarak 301. maddede yapılan 2008 değişikliği ile esasen Hükûmet' in Cumhurbaşkanı' na verilmesini istediği izin şartı, Adalet Bakanı' na verilmiştir. İznin neden Cumhurbaşkanı' na değil de Adalet Bakanı' na verildiği hususunda gerekli izahat önceki bölümlerde paylaşılmıştır.

Günümüzde bu izin Adalet Bakanı' na verilmişse de Adalet Bakanı' nın görevde olmadığı durumlarda bu izin kim ya da hangi makam tarafından verilecektir? Örneğin Adalet Bakanı' nın ülke dışında olduğu zamanlarda bu makamın görev ve yetkileri diğer bakanlara verilmektedir. Ancak böyle bir durumda bu izni vekâlet eden kişi verebilecek midir? Bizce bu hususa aşağıdaki durum ile aynı yönde cevap verilmelidir:

Seçim dönemlerinde 2017 değişikliği öncesinde Anayasa' nın 114. maddesinde belirtildiği üzere Adalet Bakanı, İçişleri Bakanı ve Ulaştırma Bakanı' nın seçimin başlangıç tarihinden üç gün önce, seçim dönemi bitmeden seçimin yenilenmesine

²⁹⁷ Yargıtay 4. CD, 30.11.2011, 2011/ 1635 E. - 2011/ 22906 K.

²⁹⁸ Yargıtay 16. CD, 08.10.2015, 2015/ 2052 E. - 2015/ 3034 K.

karar verilmesi halinde ise, bu karardan başlayarak beş gün içinde çekilmelidir. Bu durumda bu bakanlıklara Türkiye Büyük Millet Meclisi içinden veya dışarıdan bağımsızlar Başbakanca atanır. Böyle bir durumda bu geçici bakanların görev ve yetkileri vekil olarak atandıkları Bakanlarla aynı görüldüğü için kanımızca bu izin bu kişilerce de verilebilir.

Yukarıda açıklanan seçim dönemlerindeki bu uygulamanın 2017 Anayasa değişikliği sonrası tartışılması anlamsız hale gelmiştir. Zira bu değişiklik ile 114. madde ilga edilmiş ve yürürlük tarihi; *“birlikte yapılacak Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih”* olarak belirlenmiştir. Bahsi geçen seçim 24.06.2018 tarihinde gerçekleşmiş, Cumhurbaşkanı da 09.07.2018 tarihinde yemin ederek görevine başlamıştır. Dolayısıyla 114. madde bu tarih itibariyle yürürlükten kaldırılmıştır. Sonuç olarak denilebilir ki; Adalet Bakanı’na vekâlet eden Bakan kural olarak suçun soruşturulması için gerekli izni verebilecekse de, bu izin mekanizmasının adil işletilmesi gereklidir. Aslen Adalet Bakanı görevini haiz olmayan başka bir Bakan’ın bu izni görevi ile alakalı olmadığı için etik olarak vermemesi gerekir.

301. madde bağlamında izin şartı incelenirken bir başka muhakeme şartı olan talepten de TCK’ nin 13. maddesi çerçevesinde söz edilmelidir. Bu maddede ilk olarak 301. maddedeki suçun vatandaş veya yabancı tarafından yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk hukuku uygulanacağını belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise;

“İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır.”

denmek suretiyle, 301. maddedeki suçtan dolayı yargılama yapılmasının Adalet Bakanı talebine bağlı olmadığı belirtilmiştir. Bunun nedeni 301. maddenin TCK’ nin İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Üçüncü Bölüm’ de yer almasıdır. Son olarak 301. maddenin de dâhil olduğu bu maddenin üçüncü fıkrasına göre;

“Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır.”

İzin şartına geri dönülecek olursa, Adalet Bakanı' nın bu izni vermesi acaba "erkler ayrılığı" kurumuna halel getirecek midir? Adalet Bakanı üç erkten yürütmeye dâhil edilmesi gereken bir kişidir. Önceki bölümlerde de değindiğimiz üzere bu iznin Cumhurbaşkanı' na verilmesi teklifinin gerekçesi Hükûmetçe şu şekilde açıklanmıştır:

"Maddenin dördüncü fıkrasında; bu maddedeki suçtan dolayı kovuşturma yapılması, partiler üstü ve yansız bir kişi olan Cumhurbaşkanının iznine bağlı kılınmıştır. Cumhurbaşkanının izni, bu suç bakımından bir kovuşturma koşulu olarak kabul edilmiştir. "İzin verme" veya "İzin vermeme" yetkisini kullanırken Cumhurbaşkanının, yargının alanına girmemeye veya yargıya müdahale anlamına gelecek değerlendirmeler yapmamaya özen göstereceği; sadece somut olayda dava açılması (açık duruşma yapılması ve olası bir hükümlülük kararı), kamunun/ülkenin yararına mı yoksa zararına mıdır? değerlendirmesini yapacağı ve sonuçta hangi cevap ağır basarsa ona göre karar vereceği aşikârdır."

Ancak bu değişiklik önerisi kabul görmemiş ve;

"Ayrıca aynı fıkra da geçen "Cumhurbaşkanının" ibaresi, Cumhurbaşkanının Anayasal konumu (ANY. m. 104 vd.), kamu yararının gerekli kıldığı altyapı donanımı, soruna ilişkin Türkiye geleneği ve benzeri nedenler göz önünde bulundurulmak suretiyle "Adalet Bakanının" olarak değiştirilmiştir."

şeklinde bir gerekçe sunulmuştur. Esasında bu husus Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur: Önüne gelen iki farklı davada Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi işbu fıkranın Anayasa' ya aykırı olduğu kanaatine varmış ve AYM nezdinde İtiraz yoluna başvurmuştur. Mahkemenin gerekçelendirmesi şu şekilde olmuştur:

"TCK 301/4. maddesinde bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine bağlıdır.

TCK 301/4. maddesi hükmünün Anayasamızın 2., 8. ve 9. maddeleri ile Anayasa'nın Başlangıç kısmının beşinci paragrafı hükümlerine aykırılığı düşünülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na ait olduğu belirtilmiştir. Adalet Bakanı da siyasi partiye bağlı olup Bakanlar Kurulu'nun bir üyesidir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.

Anayasamızın Başlangıç kısmının beşinci paragrafında hiçbir faaliyetin Türk Milli menfaatlerinin, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin Atatürk Milliyetçiliği ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 176/1. maddesine göre Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metnine dahildir.

Türk Ceza Yasası'nın 301/4. maddesine göre TCK 301. madde kapsamında kalan bir suçu işleyen kişi hakkında Adalet Bakanı'nun izin vermemesi halinde hiçbir şekilde soruşturma yapılmayacaktır. Adalet Bakanı'na yürütmenin bir üyesi olarak yargı yetkisi tanınmıştır. Bu sonuç da hukuk devleti ilkesi, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin teminatlarından olan yargı güvencesine (yargıya müdahale edilmemesi) açıkça aykırıdır. Yürütmenin yargı üzerinde her türlü etkisinin bertaraf edilmesi, yargılamanın tarafsız yürütülmesi ilkesinin gereğidir.

Herhangi bir kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle vaki olan hakaret fiillerine doğrudan doğruya C. Savcısına soruşturma yetkisi veren Türk Ceza Yasası, aynı fiilin aynı saikle aynı kamu görevlisinin içinde bulunduğu mesleki camiaya karşı işlenmesi halinde aynı C. Savcısına doğrudan soruşturma yetkisinin verilmemesi yasa içi bir çelişkidir.

Adalet Bakanı'nın TCK 301/4. maddesine göre yargılama izni verdiği bir kişi hakkında C. Savcısının ceza davası açmamayı tercih etmesi, aynı C. Savcısı hakkında

özlük işlerini düzenleyen Adalet Bakanlığı teşkilatı ile Adalet Bakanlığı'na doğrudan bağlı olan teftiş kurulunu karşısına alması gerekir.”

Anayasa Mahkemesi’ nin İtiraz neticesinde verdiği karar ise;

“Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve ıslah amaçları da gözönünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun esaslarındandır.

İtiraz konusu kuralla ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır.

Belirtilen nedenlerle, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan kural Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 8. ve 9. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddine karar verilmesi gerekir.”²⁹⁹

şeklinde olmuş, Anayasa Mahkemesi bu gerekçe ile TCK madde 301/ 4’ ün Anayasa’ ya aykırı olmadığı kanaatine varmıştır.

Aynı husus bir Danıştay kararına da konu olmuştur:

“Bu durumda; Adalet Bakanlığı'nın mahkemelerin, hakim ve savcılarının yargı yetkisi dışında kalan idari işlemleriyle ilgili düzenleme yapma yetkisine istinaden çıkarıldığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. ve 301.maddelerinde yer verilen suçlar nedeniyle yapılacak soruşturma ve kovuşturmaların Adalet Bakanlığının iznine tabi olması nedeniyle bu izin yetkisinden dolayı yapılacak idari işlemlerin yerine getirilmesinden doğabilecek tereddütleri giderme amacını güttüğü, yapılacak işlemleri hatırlatmaya yönelik olduğu ve bu bağlamda yargısal alana müdahale niteliği taşımadığı anlaşılan dava konusu Genelgede hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”³⁰⁰

²⁹⁹ AYM, 07.05.2009, 2009/ 25 E. - 2009/ 57 K., 03.10.2009 T.- 27365 no’ lu RG ve AYM 03.06.2009, 2009/ 38 E. - 2009/ 70 K., 06.10.2009 T.- 27368 no’ lu RG

³⁰⁰ Danıştay 10. Daire, 05.06.2012, 2008/ 6288 E. - 2012/ 2761 K.

Görüldüğü üzere hem Danıştay hem de Anayasa Mahkemesi, Adalet Bakanı ya da eski kanundaki Adalet Bakanlığı' nın bu izni vermesini yargı erkine bir müdahale olarak görmemiştir. Esasında Adalet Bakanı' nın birçok suç için verdiği izin ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu' nun Başkanı olduğu göz önüne alınacak olursa kuvvetler ayrılığının Türkiye' de tam olarak gerçekleştirilebildiği söylenemeyecektir.

Kanımızca 301. maddedeki izin şartının suçun işlendiği yargı çevresindeki Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilmesi izin şartının yargı erki içindeki bir makama tevdiini ve dolayısıyla erkler ayrılığına saygı gösterilmesini sağlayacaktır. Cumhuriyet Başsavcılığı olmasa bile başka bir makam ya da kişiye bu iznin verilmesi durumunda yine bu makam ya da kişinin yargı erki içerisinde yer alması yargının bağımsızlığı açısından zaruri olmaktadır.

Son olarak belirtmelidir ki; izin şartının gerçekleşmediği ve kovuşturma aşamasına geçildiği durumlarda, mahkeme CMK' nin 223. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca durma kararı vermeli ve Adalet Bakanı' nın izin şartını yerine getirmesi beklenmelidir. Bununla beraber Adalet Bakanınca izin verilmezse; yine aynı fıkra da belirtildiği üzere davanın düşmesine karar verilmelidir.

SONUÇ

TCK' nin 301. maddesi kapsamında yaptığımız çalışma göstermektedir ki; yüz yıla yaklaşan tarihiyle bu madde halen değişmeye ve temel hak ve hürriyetlerin korunması için gelişmeye muhtaçtır. Bu gelişim, kanunilik unsurunun ön plana çıkarılması ve hukuka uygunluk sebeplerinin geniş şekilde değerlendirilmesiyle mümkün olabilir. Maddenin tümüyle kaldırılması yıllar boyunca savunulmuştur; buna karşın Avrupa' daki ülkeler gibi dünyanın neredeyse her ülkesinde 301. maddeye benzeyen bir suç tipi öngörülmüştür. Bu maddede sayılan kurumların ve genel olarak Devlet' in saygınlığının korunmaya ihtiyacı muhakkak ki vardır. Dolayısıyla maddenin tümüyle kaldırılması yerine madde içeriğinin belirginleştirilmesi ve 2017 yılındaki Anayasa değişikliğine uygun ve güncel hale getirilmesi daha sağlıklı bir çözüm olacaktır.

Çalışmamızda ayrıca bu suç tipi için suç genel teorisine göre inceleme yapılmış ve suçun kanunilik unsurunun tam olarak tatmin edici olmadığı görülmüştür. Zira “aşağılama” ibaresi her ne kadar TCK' de üç farklı suç tipinin hareketi olarak kullanılsa da; (216., 300. ve 301. maddeler) 125. maddede yapılan hakaret tanımı gibi bir tanımlama yapılmadığı için “aşağılama” nın tam olarak neleri kapsayacağı muğlaklığını korumaktadır. Her ne kadar 2008 değişikliğinin gerekçesinde aşağılamanın 765 s. k.' daki “tahkir ve tezyif” anlamında kullanılacağı belirtilse de; tahkir ve tezyif gibi icrası daha zor bir hareketin aşağılamak gibi kolay şekilde yapılabilen ve sınırları kesin olmayan bir kavrama dönüştürülmesi bizce suçun işlenmesini kolaylaştıracak ve temel hak ve hürriyetlere hanel getirebilecektir.

Son olarak belirtmelidir ki; ülkemizde fazla tahammül edilemeyen eleştiri olgusu maalesef bu suç tipi için olumsuz bir etki yaratacaktır. Zira eleştiriye açık olunmazsa, suç kapsamı genişleyecek ve adil olmayan yargılamalar neticesinde toplumun hukuka güvenilirliği azalacaktır –ki bu durum devletleri çöküşüne götüren ilk basamaktır-. Bir toplumda adalet duygusu zedelenirse geriye fazla bir şey kalmayacağı içindir ki; 301. maddenin kapsamı hukuk sınırları içerisinde tutulmalı ve

madde yorumlanırken hukuka aykırı şekilde temel hak ve hürriyetleri daraltıcı bir tutum benimsenmemelidir.



KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR

AKDAĞ, Selami, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Emsâl İctihatlar ve İlgili Kanunlar**, Ankara: Olguç Matbaası, 1976

ALİCANOĞLU, Mahmut, **Tarihçeli - İzahlı - Notlu Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Kararları ve Adliye Harç Tarifesi Kanunu**, 1. Cilt, İstanbul: Halk Basımevi, Ekim 1951

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 5.Cilt, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Temmuz 2014

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3. Cilt, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Temmuz 2014

BAYRAKTAR, Köksal, **Siyasal Suç**, İstanbul: İÜHF Yayını, 1982

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt: I, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Mart 2011

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Eylül 2017

ÇETİN, Erol, **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Temmuz 2005

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Eylül 2018

DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, 1. baskı, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2013

DÖNMEZER, Sulhi, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. Bası, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1975

DÖNMEZER, Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, Aralık 2003

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt:II, 12. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Ekim 1999

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt:I, 13. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Kasım 1997

EREM, Faruk, **Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler**, 2. Cilt, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1969

EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Cilt:2, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993

EREM, Faruk/ TOROSLU, Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, Eylül 2000

ERMAN, Sahir, **Hakaret ve Sövme Suçları**, 2. Baskı, İstanbul, 1989

EROL, Haydar, **Gerekçeli, Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2005

GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, 5. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2012

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt: II, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2009

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ağustos 2014

GÖZLER, Kemal, **Türkiye' nin Yönetim Yapısı (T.C. İdarî Teşkilâtı)**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2018

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, Kasım 2017

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar**, 1. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, Kasım 2016

İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Kasım 2018

İÇEL, Kayıhan, **Kitle İletişim Hukuku**, 13. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2018

İÇEL, Kayıhan/ Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, **Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları**, 12. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Eylül 2018

MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 188 – 345)**, 2. Cilt, Malkoç Kitabevi Yayınları, 2007

MANZINI, Vincenzo, **Trattato di diritto penale italiano**, V, Torino, 1982

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Baron de, **Kanunların Ruhü Üzerine (Özgün İsim: “De L’Esprit des Lois”)**, Çev.: Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınları

ORTAYLI, İlber, **Türklerin Altın Çağı**, 1. Baskı, İstanbul: Kronik Kitap, Mart 2017

ÖKTEM, Niyazi/ TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: Der Yayınları, 2014

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Kasım 1987

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994

ÖZEK, Çetin, **Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1976

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, Temmuz 2012

SALİHOĞLU, Hadi/ PARLAR, Ali/ ÖZTÜRK, Mustafa, **Terör Suçları & Devlete ve Anayasal Düzene Karşı Suçlar**, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, Ocak 2018

SANCAR, Türkan Yalçın, **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/ 1 – Yeni TCK m. 301/ 1 – 2)**, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Mart 2006

TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, 7. Basım, İstanbul: Der Yayınları, Eylül 2011

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Şubat 2019

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, MUSTAFA Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2015

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Kasım 2016

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Bası, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Nisan 2016

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 9. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, **TCK 301**, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 117, Şubat 2007

UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Basım, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Ağustos 2010

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, 7. Baskı, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Nisan 2011

II. TEZLER

İÇEL, Kayıhan, **Suçların İçtimai** (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972

SENKERİ, Tarık, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri** (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Malatya, 1992, T.C. Yükseköğretim Kurulu Dokümantasyon Merkezi, No: 551

YILDIRIM, Mustafa Zeki, **Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301)** (Doktora Tezi), İstanbul, 2012

III. MAKALELER

ALACAKAPTAN, Uğur, **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 223

AYDIN, Abdülhalim, **“Batılılaşma Döneminde Şinasi ve Fransız Etkisi”**, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, 2000, s. 105- 131

ERMAN, Sahir, **“Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu”**, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), C. 25, S. 7, 1951

CİHAN, Erol, **“Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 312)”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C. 40, S. 1- 4, İstanbul, 1974, s. 97- 130

ÖZEK, Çetin, **“TCK. nun 159. maddesi – Hukukî varlığını kaybetmiş bir yasama organının tahkiri”**, Mahkeme Kararları Kroniği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963, s. 786- 788

ÜNLÜ, Barış, **“Türklük Sözleşmesi’nin İmzalanışı (1915-1925)”**, Mülkiye Dergisi, 38 (3), s.47- 81

YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ ALŞAHİN, Mehmet Emin, **“Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:68, 2007, s.43- 93

ZAFER, Hamide, **“Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m. 312 / 3)”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C. 62, S. 1- 2, 2004, s. 209- 261

IV. WEB SİTELERİ

- www.larousse.fr
- www.adlisicil.adalet.gov.tr
- www.barobirlik.org.tr
- www.dergipark.org.tr
- www.edebiyatdergisi.hacettepe.edu.tr
- www.kazanci.com.tr
- www.legislationline.org
- www.mevzuat.gov.tr
- www.oxforddictionaries.com
- www.tdk.gov.tr



ÖZGEÇMİŞ

Umur Aksakal 1992 yılında İstanbul’ da doğmuştur. Lise öğrenimini Notre- Dame de Sion Özel Fransız Lisesi’ nde görmüş, buradan 2011 yılında mezun olmuştur. Aynı yıl girdiği Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ nden 2016 yılında mezun olmuştur. 2017 yılında Suç ve Ceza Dergisi’ nde “*Cinsel Suç Mükerrirleri Tedavi Etmek İçin Medroksiprogesteron Asetat ve Siproteron Asetat Kullanımının Etik Açısından Analizi*” ve “*Çin Halk Cumhuriyeti’nde İdam Cezası: Nereye Gidiyor?*” başlıklı iki makale çevirisi yayınlanmış, aynı yıl avukatlık ruhsatnamesini almıştır. 2018 yılında İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’ nda Araştırma Görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. 2019 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı’ nı “*TCK Madde 301: Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu*” başlıklı tezi ile tamamlamıştır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Umur AKSAKAL
Tez Başlığı : TCK Madde 301: Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti
Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu
Savunma Tarihi : 16 / 07 / 2019
Danışmanı : Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL

Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

Enstitü Müdür Vekili

Dr. Öğretim Üyesi A. Fahri Negüs