

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

**NEFRET SÖYLEMİ KAPSAMINDA  
HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Serra KARADENİZ**

**Tez Danışmanı: Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK**

**ARALIK 2012**

## ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezi olarak hazırlamış olduğum bu çalışmada öncelikli olarak Türk Ceza Kanununda “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçuna yönelik kaynaklar gözden geçirilmiş ve söz konusu kaynakların gözden geçirilmesi aşamasında konunun nefret söylemi kapsamında değerlendirildiği de görülerek çalışma da sadece halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna değil, nefret söylemine de değinilmiştir. İki bölüme ayrılan çalışmamızda öncelikli olarak nefret söylemi, nefret suçu, ayrımcılık kavramlarına getirilen tanımlar, bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun Avrupa Hukukundaki tarihsel gelişimi, nefret söylemi kapsamında uluslararası belgelerde suça ne şekilde yer verildiği, Almanya, Fransa, İtalya ve İngiltere örneklerinde suçun düzenleniş şeklinin nasıl olduğu açıklanmıştır. İkinci bölümde ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun Türk mevzuatındaki tarihsel gelişimi ve suçun kanundaki düzenleniş şekli Yargıtay içtihatlarına ve doktrindeki görüşlere değinilerek belirtilmiştir.

Konu seçiminde beni destekleyen ve çalışmanın her aşamasında katkıda bulunarak, yardımlarını esirgemeyen tez danışmanım saygıdeğer hocam Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK’e teşekkürlerimi sunarım.

Avukatlık mesleği ile beraber tez çalışmasını da beraberinde yürütmem için gerekli kolaylıkları sağlayan değerli hocam Av. Naim KARAKAYA’ya teşekkür ediyorum.

Eğitim hayatım boyunca maddi ve manevi desteklerini hiçbir zaman benden esirgemeyen, her daim desteklerini hissettiğim sevgili anneme ve babama teşekkürlerimi sunarım. Tez çalışmama tanıklık eden ve sabır gösteren canım kardeşime de teşekkür ediyorum.

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ .....	ii
İÇİNDEKİLER .....	iii
KISALTMALAR .....	vi
RESUME .....	viii
ABSTRACT .....	xvii
ÖZET .....	xxiv
GİRİŞ .....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: NEFRET SUÇU – NEFRET SÖYLEMİ – AYRIMCILIK KAVRAMLARI – TARİHSEL GELİŞİM – ULUSLARARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATTA HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU.....	5
I. NEFRET SUÇU VE NEFRET SÖYLEMİ VE AYRIMCILIK KAVRAMLARI	
A. Genel Olarak .....	5
B. Nefret .....	6
C. Nefret Suçları .....	6
D. Nefret Söylemi .....	8
E. Ayrımcılık .....	9
II. TARİHİ GELİŞİM	
A. Genel Olarak .....	10
B. Eski Yunan ve Roma Hukuku .....	10
C. 18. Yüzyıl .....	11
D. 19. Yüzyıl .....	12
E. 20. Yüzyıl .....	16
III. ULUSLARARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATLARDA DÜZENLEMELER	
A. Genel Olarak .....	18
B. Uluslararası ve Bölgesel Düzenlemeler .....	18
1. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri .....	18
a) Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi .....	18
(1) Sözleşme .....	18
(2) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararları .....	21
b) Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme .....	23
(1) Sözleşme .....	23
(2) Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi Kararları .....	26
2. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri .....	28
a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi .....	28
(1) Sözleşme .....	28
(2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları .....	29
b) Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı .....	34
c) Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme .....	36
(1) Sözleşme .....	36
(2) Avrupa Konseyi Bakanlar ve Danışma Komitesi Kararları .....	38
d) Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Ek Protokol .....	39

3. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları .....	43
a) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları .....	43
(1) Nefret Söylemi Konulu (97) 20 Sayılı Tavsiye Kararı.....	43
(2) Medya ve Hoşgörü Kültürünün Gelişmesi Konulu (97) 21 Sayılı Tavsiye Kararı .....	44
(3) Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Konulu Bakanlar Komitesi Deklarasyonu.....	45
b) Parlamenter Asamblesi Kararları.....	46
(1) İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı 1510 (2006) Sayılı Kararı.....	46
(2) Dine Küfretme, Dine Hakaret ve Dinleri Nedeni İle İnsanlar Hakkında Nefret Söyleminde Bulunma Konulu 1805 (2007) Sayılı Karar .....	48
c) Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Raporları.....	50
(1) Avrupa’da Dine Küfretme, Dine Hakaret ve Kışkırtıcı Dinsel Nefreti Konu Alan Ulusal Mevzuatlar Üzerine 16-17 Mart 2007 Tarihli Ön Rapor .....	50
(2) İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki: Dine Küfretme, Dini Değerleri Aşağılamave Dinsel Nefreti Kışkırtıcı Konu Alan Yasal Düzenlemeler ve Adli Takibat Konulu 17-18 Ekim 2008 Tarihli Rapor.....	51
d) Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu Raporları.....	51
(1) Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı, Antisemitizm ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Konulu 1 No’lu Genel Politika Tavsiye Kararı.....	52
(2) Irkçılık ve Irk Ayrımcılığıyla Mücadeleyi Amaçlayan Ulusal Mevzuata Dair 7 No’lu Genel Politika Tavsiye Kararı.....	53
4. Avrupa Birliği .....	54
a) Avrupa Temel Haklar Şartı.....	54
b) 15 Temmuz 1996 Tarihli Avrupa Birliği Konseyi Ortak Eylem Planı.....	56
c) 16 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Parlamentosu’nun İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Hakkı ile İlgili Kararı .....	57
C. Ulusal Mevzuat.....	58
1. Almanya.....	58
2. Fransa.....	61
3. İtalya .....	64
4. İngiltere.....	65
İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU.....	68
I. TARİHSEL GELİŞİM .....	68
A. Genel Olarak.....	68
B. Tanzimat Öncesi.....	68
C. Tanzimat Sonrası .....	69
D. Cumhuriyet Dönemi .....	72
II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNUN 216/1. MADDESİNDE DÜZENLENEN HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU .....	76
A. Kanuni Hülküm ve Genel Özellikler .....	76
B. Korunan Hukuki Menfaat.....	80
1. Genel Olarak.....	80
2. Kamu Barışı.....	81

C.	Suçun Mevzuatımızda Bulunan Diğer Suçlardan Farklı Yönleri.....	85
1.	Genel Olarak.....	85
2.	Ayrımcılık.....	85
3.	Hakaret.....	90
4.	Halkın Bir Kesimini Aşağılama Suçu (TCK m. 216/2).....	93
5.	Dini Değerleri Aşağılama Suçu.....	96
D.	Fail ve Mağdur.....	97
1.	Fail.....	97
2.	Mağdur.....	98
a)	Halk.....	99
b)	Sınıf.....	100
c)	İrk.....	105
d)	Din.....	106
e)	Mezhep.....	110
f)	Bölge.....	111
g)	Değerlendirme.....	112
E.	Maddi Unsur.....	112
1.	Genel Olarak.....	112
2.	Hareket.....	113
a)	Kin ve Düşmanlık.....	113
b)	Tahrik.....	113
(1)	Genel Olarak.....	114
(2)	Tahrik Kavramının Diğer Kavramlardan Farkı.....	116
(3)	Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu Bakımından Tahrik Hareketi.....	119
3.	Netice.....	124
a)	Genel Olarak.....	126
b)	Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu Bakımından Tahrik Hareketi.....	129
c)	Teşebbüs.....	129
F.	Manevi Unsur.....	131
G.	Hukuka Aykırılık Unsuru.....	133
1.	Genel Olarak.....	133
2.	Düşünce Hürriyeti.....	135
3.	Düşünce Hürriyetinin Sınırlandırılması.....	137
H.	Suç Etkileyen Haller.....	143
İ.	İçtima ve İştirak.....	144
1.	İçtima.....	144
a)	Genel Olarak.....	144
b)	Suçların İçtimaı.....	145
(1)	Zincirleme Suç.....	145
(2)	Fikri İçtima.....	145
c)	Cezaların İçtimaı.....	146
2.	İştirak.....	147
J.	Yaptırım.....	147
K.	Kovuşturma Usulü.....	148
SONUÇ	.....	150
KAYNAKÇA	.....	153

**KISALTMALAR**

AD	: Adalet Dergisi
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AHFM	: Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Article
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
D.	: Daire
E.	: Esas
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
LDT	: Liberal Düşünce Topluluğu
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	: Numara
OSCE	: Organization for Security and Co- Operation in Europe

ODIHR	: Office for Democratic Institutions and Human Rights
R	: Recommendation
s.	: Sayfa
UN	: United Nations
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Yar.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

## RÉSUMÉ

### DÉLIT D'INCITATION DES MASSES À LA HAINE ET À L'INIMITIÉ DANS LE CONTEXTE DU DISCOURS DE HAINE

Avec la dissociation de la personnalité, ces derniers temps on a commencé à parler de nouveaux genres de délits et d'énonciations dans notre pays et dans le monde. Bien que historiquement parlant ils remontent à de biens anciennes périodes, les expressions et aussi les actions pleines de haine, ont été définies comme délit dans le droit national et comme raison de limitation de la liberté d'expression dans le droit international. L'énonciation de la haine a été définie comme un « Délit de provocation du peuple à la haine et à l'inimitié » dans l'article 216/1 du Droit Pénal Turc et c'est un acte de haine. Notre étude porte sur l'analyse du discours de haine et la provocation du peuple à la haine et à l'inimitié.

Dans le domaine du droit national et du droit international, les expressions qui contiennent de la haine, particulièrement l'énonciation de la haine, font partie des délits de haine et de discrimination selon lesquels elles sont classées. C'est pourquoi dans cette étude nous commençons par analyser ces notions là. En apportant l'explication de ces concepts, il a été spécifié que, les personnes que les personnes qui commettent ce genre de délit, agissent avec un jugement préconçu envers les personnes lésées et influencent profondément les victimes et le groupe auquel ces victimes appartiennent. En réalisant de telles actions les personnes lésées et leurs groupes sont sujets à la peur et ils se sentent rejetés par la société, l'état ne prenant pas les mesures nécessaires la personne lésée et son groupe ne croient plus à la justice et à la société. Bien qu'à la base de telles notions, objets de notre étude, il y ait des préjugés et bien que leurs effets soient semblables, nous remarquons que ces notions présentent chacune des caractéristiques particulières. C'est-à-dire que :

Quoiqu'il n'existe pas de nos jours une organisation uniforme qui puisse régir le délit de haine, l'Organisme Européen pour la Sécurité et la Coopération a créé



certaines dispositions compréhensives. Selon ces dispositions « A) *Le délit de haine comprend n'importe quel délit perpétré contre des personnes ou des biens, en choisissant, parce qu'il est membre ou supporter, parce qu'il a une relation, un lien réel ou supposé avec un groupe comme celui défini dans le paragraphe B, but du délit contre les victimes ou contre un bien.*

*B) Les caractéristiques générales des membres d'un groupe peuvent se base sur des facteurs réels ou supposés de race, de nation, d'origine ethnique, de langue, de couleur, de religion, de sexe, d'âge, d'infirmité physique ou mentale et sur d'autres éléments de source sexuelle et autres facteurs semblables.*

Bien qu'il n'y ait pas une définition précise du point de vue de l'énonciation de la haine et que ce contexte n'ait pas été défini, la seule définition faite dans le domaine international est celle acceptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en 1997 avec numéro R (97) 20, dans sa décision sous forme de recommandation. Selon cette définition il s'agit « *de haine raciale, inimitié contre les étrangers (xénophobie), contre les juifs (antisémitisme) ou les minorités, les réfugiés, les personnes à origine émigrante, de nationalisme agressif, de centrisme ethnique, de discrimination et d'inimitié, y compris l'intolérance religieuse et toute sorte de négations, de provocations, toute sorte d'expression qui pourrait promouvoir ou légaliser ces actions. A cet effet le « discours sur la haine » doit comprendre une interprétation centrée vers une personne ou un groupe bien défini* ».

Quant au concept de discrimination il a été défini de la façon suivante par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies : « *empêcher la connaissance et l'utilisation unitaire par tout le monde, de tous les droits et de toutes les libertés, ou alors, tâcher de rendre invalide la connaissance et l'utilisation de ces droits et libertés, effectuer une discrimination, une restriction, un choix selon la religion, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les vues politiques ou autres, les origines nationales ou sociales, les possessions, la naissance et les autres différents statuts.* »

Selon la jurisprudence de la Cour des Droits de l'Homme : « *S'il existe une discrimination dans les opérations, selon les dispositions de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, s'il n'existe pas une justice objective et logique c'est-à-dire si l'on ne suit pas un but légal ou s'il n'y a pas un rapport de proportionnalité logique entre le but que l'on veut réaliser et les moyens utilisés, alors on peut dire qu'il s'agit de discrimination.* ».

Partant des définitions des concepts qui viennent d'être données, nous avons accepté le fait que le délit de provocation des masses à la haine et à l'inimitié, objet de l'article 216/1 du Code Pénal Turc peut être évalué dans le contexte du discours de haine . En effet dans le contexte de ce délit, l'expression qui provoque, incite, répand et vante les formes de la haine et qui est basée sur l'intolérance est punie.

Dans notre étude nous avons fait allusion au droit Grec et Romain et aux exemples qui se trouvent dans les jurisprudences Anglaises, Françaises, Italiennes, Allemandes concernant le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié et à leur développement historique et nous avons rédigé cette étude en utilisant les concepts de « incitation et provocation » pour spécifiquement définir ce délit.

Bien que, dans le contexte du sujet de notre thèse on n'ait pas rencontré des définitions concernant directement le délit de provocation des masses à la haine dans les actes internationaux, nous avons noté que les définitions concernant la prévention du discours de haine et de discrimination afin d'obtenir la liberté d'expression et la liberté de conscience ont fourni leur apport pour inclure ce délit dans les sujets nationaux concernant qui le concernent. Une partie de ces documents internationaux a la caractéristique de recommandation, alors qu'une autre partie comporte des obligations pour les pays membres. A cet effet nous pouvons citer parmi ces documents : la Convention des Droits Civils et Politiques des Nations Unies, la Convention visant à annuler toute sorte de discrimination raciale , la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Charte Sociale Européenne, la Convention Cadre pour la protection des Minorités Nationales, le Protocole Annexé à la Convention des Délits Cybernétiques du Conseil de l'Europe, la Charte des Droits Fondamentaux de l'Europe et ce sont là des documents qui doivent être pris en considération selon les régions et des documents qui contiennent un certain nombre d'obligations pour les parties intéressées. A part ces conventions, il y a aussi les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, les décisions de l'Assemblée Parlementaire, les rapports de la Commission de la Démocratie par Voie Juridique Européenne, les rapports de la Commission Européenne Contre le Racisme et l'Intolérance qui sont tous des documents qui n'apportent pas d'obligations mais qui montre la voie à suivre aux pays.

Dans cette études nous avons étudié les sujets nationaux de l'Allemagne, de la France, de l'Italie et de l'Angleterre du point de vue du droit pénal moderne et nous avons noté qu'en Allemagne le délit d'incitation à la haine et la provocation des masses est cité dans le Droit Pénal et aussi dans la Loi de Protection de la Jeunesse, qu'en France, ce délit est cité dans le Droit Pénal et dans la Loi sur la Liberté de la Presse, qu'en Italie il est cité dans le Droit Pénal et en Angleterre dans le « Public Order Act ».

Quant à la seconde partie de notre étude, avant de faire allusion aux éléments qui créent le délit d'incitation à la haine et la provocation des masses, objet de l'Article 216/1 du Droit Pénal Turc numéro 5237 nous avons étudié l'orientation de son développement tout au long de l'histoire. A cet effet, nous avons noté que bien que le délit d'incitation à la haine et la provocation des masses ait été régularisé avant et après la période du « Tanzimat » (Réforme) la notion de provocation avait été qualifiée, à cette époque là, séparément de la notion de participation et que les incitations visant l'unité de l'état étaient punies. Dans la période qui a suivi celle du « Tanzimat » (Réforme), le concept d'incitation a été organisé d'une façon plus détaillée et l'on rencontre des dispositions qui se rapprochent plus au délit d'incitation à la haine et la provocation des masses.

Quant à la période républicaine, la première régularisation qui a été faite au sujet du délit d'incitation à la haine et la provocation des masses a été faite avec l'article 312 du Code Pénal Turc N° 765 et elle concernait d'incitation à la haine et la provocation des masses qui pouvait représenter un danger pour la sécurité générale des différentes classes de la société. En 1981 une modification a été apporté à cette loi avec la nouvelle Loi 2370 et cette foi le délit a pris définitivement le nom de délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié. Le délit en question a ensuite été modifié dans le Code Pénal Turc N° 765, en 2001 avec la Loi 4744, ensuite il a pris la forme qu'il a actuellement avec l'entrée en vigueur de la Loi 5237 du Code Pénal Turc.

Le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, objet de notre étude se trouve dans la cinquième partie qui a pour titre « Délits contre la paix publique » de la troisième partie des « Délits contre la Société du deuxième livre portant le titre de « Dispositions Particulières » du Droit Public Tuc numéro 5237. Dans l'article 216

qui régit le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, en même temps que ce délit il est aussi fait allusion dans le 2<sup>ème</sup> paragraphe, au délit d'humiliation d'une partie du peuple » et dans le 3<sup>ème</sup> paragraphe au délit d'humiliation des valeurs religieuses.

Le 1<sup>er</sup> paragraphe de l'article 216 de délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié est ainsi rédigé: « *Toute personne qui incite ouvertement une partie de la population à la haine ou à l'inimitié envers une autre partie de la population qui a des caractéristiques différentes du point de vue sociale, de classe, de race, religion, secte ou région et qui en faisant cela met à jour la possibilité d'un proche danger public, est passable d'une peine d'emprisonnement allant de un an jusqu'à trois ans.* »

La forme du délit qui nécessite une peine lourde a été régularisé dans l'article 218 (article modifié 5377 – 29.06.2005 / art.25) *Au cas où les délits définis dans les articles ci-dessus sont commis par l'entremise de la presse et des émissions, la peine qui sera donnée devra être augmentée de demie. Toutefois les explications d'opinion qui ne dépassent pas les limites des nouvelles que l'on donne données et qui sont faites simplement dans un but de critique ne sont pas considérées comme des délits.* »

Dans le contexte de notre étude, lorsque nous avons traité le mode de perpétrer ce délit, nous nous sommes servis des différentes vues de la doctrine et aussi des jugements « mis par la Cour de Cassation. Après avoir utilisé ces sources nous sommes arrivés aux différents résultats suivants :

Le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié ainsi que les provocations qui sont dangereuses du point de vue social ont pour but d'exercer certaines actions d'inimitié envers certaines catégories précises de la population et d'inciter ces actions et pour cela il convient de prévenir telles actions et de protéger ainsi la paix de la vie commune. Il faut aussi tâcher de protéger le sentiment qui pousse les gens à vivre en paix, dans la sécurité que la justice offre à toutes les personnes qui vivent dans cette société et qui se sentent lésées par ce délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié. Pour cela la paix sociale est de l'intérêt des gens que l'on protège des délits.

N'importe qui peut être responsable juridiquement du délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié. Quant à la victime d'un tel délit c'est une partie du peuple qui a les caractéristiques définies dans l'Article 216/1. Cette masse doit être différente du groupe qui est provoqué, du point de vue de la classe sociale, de sa religion, race, secte et région et les hostilités du groupe provocateur doivent être dirigées contre elle.

Du point de vue élément matériel, le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié est un délit à mouvement et résultat libres. La partie mobile de l'élément matériel du délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié est définie dans la loi est consiste à provoquer ouvertement dans le but de créer de la haine et de l'inimitié envers une partie de la population qui possède des caractéristiques différentes, à obtenir la continuation de cette haine et de cette inimitié. Selon le point de vue général de la doctrine, l'incitation à la haine et à l'inimitié est définie de la façon suivante : « *Un état psychologique qui forme un terrain apte aux mouvements visant à créer de la haine d'une violence qui pousse à la vengeance, à créer des dommages avec préméditation envers le sujet pour lequel on ressent une telle hostilité* ». Quant à la provocation, dans la terminologie juridique sa signification générale est la suivante : « *la réalisation d'un sujet ou le contraire ou alors l'influence sur la volonté de la personne ou des personnes afin d'obtenir une situation, la mise en marche de la volonté qui est orientée vers une certaine direction* ». Partant de tous ces deux contextes, pour que le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié puisse avoir été perpétré il faut que le peuple soit de classe, de race, de religion, de secte ou de régions différentes du point de vue de leurs caractéristiques et que ces masses différentes les unes des autres, aient été provoquées et incitées à être ennemies, qu'elles désirent se venger les unes des autres, qu'il y ait une forte inimitié entre elles, de la haine, de la méchanceté et des hostilités. Il faut aussi que cette provocation ait été réalisée ouvertement. Dans notre étude nous avons noté qu'il y a plusieurs définitions différentes du mot « ouvertement ». Selon certains le lieu où la provocation s'est avérée est primordial et l'importance est donnée à ce lieu là. Selon certains autres il convient de définir cette notion selon les possibilités des tierces personnes à entrer ou pas dans ce lieu. Finalement la notion d'ouvertement est acceptée et définie par l'existence de la possibilité de perception par plus d'une personne de l'action qui a été accomplie et qui n'est pas défini. Il y a certaines personnes qui évalue le concept

« d'ouvertement » à l'intérieur de l'élément alors que d'autres considèrent comme la condition d'une punition objective.

En conclusion, de nombreux points de vue ont été émis en ce qui concerne le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié et dans ces points de vue, selon la définition que l'on a donné à l'expression « ouvertement » on a défini le moment où le délit a été accompli et ses résultats. Dans ce délit qui est l'objet de notre recherche, pour que le délit ait été accompli il faut qu'il y ait créé un danger apparent et proche, pour la sécurité publique. C'est pour cela que le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié est un délit de danger concret. Pour que l'on puisse dire qu'il s'agit d'un délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, il faut que le danger public soit apparu basé sur des éléments concrets qui mettent en danger la sécurité publique. Lorsqu'on analyse le genre de délit, si de notre part nous percevons l'arrivée d'un danger apparent et imminent, même si l'on défend la cause selon laquelle une tentative est possible, la tentative d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié n'est pas considérée possible, par tous ceux qui pensent que la condition pour punir objectivement est la mise à jour du danger apparent et imminent.

Du point de vue d'harmonisation de la punition du délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, on accepte que la raison de l'harmonisation à la jurisprudence consiste en la liberté d'exprimer sa pensée qui sera évaluée dans le contexte de l'utilisation du droit.

Du point de vue de l'élément moral, le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié est un délit que l'on commet délibérément et il ne peut pas être commis par négligence ou par imprudence consciente. Le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié se complète avec la réalisation consciente et voulue des éléments matériels. C'est pour cette raison que l'intention de qui commet ce délit comprend le danger apparent et imminent. Le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié peut être possiblement commis délibérément. Pour cela la personne qui commet ce délit doit avoir prévu le danger apparent et imminent qu'il va causer mais elle est restée insensible à la réalisation d'un tel danger. Bien que la question qui se pose pour savoir si l'on cherchera ou pas un acte délibéré (une préméditation) soit une question controversée, à notre avis dans la définition du délit, comme on ne

cherche pas s'il y a un motif quelconque qui a fait agir la personne qui commet le délit, on ne recherche pas une préméditation particulière.

Comme aucune règle de réunions particulières n'est apportée, en ce qui concerne l'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, une évaluation a été faite à ce sujet dans les dispositions générales du Code Pénal Turc. C'est pour cela que, pour le délit en question, on peut appliquer la réunion des punitions, la réunion des opinions et l'enchaînement des délits.

Dans le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, toute sorte de participation est possible et à l'instant même le délit peut être commis avec la participation et l'assistance de plusieurs personnes. Dans une telle situation la responsabilité des personnes qui prennent part à la perpétration du délit sera déterminée selon les dispositions de l'article 37 du Code Pénal Turc et celles des articles suivants.

Selon l'article provisoire 1 apporté à la Loi 6352, on pourra remettre l'ouverture d'une cause publique, les poursuites et l'exécution du jugement, au cas où le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, aura été commis, par voie d'explication de la pensée et de la conviction, avant le 31.12.2011.

A la fin de notre étude nous avons noté que dans la législation turque il n'y avait aucun règlement direct concernant le discours de haine mais que par contre, le délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié avait été inclus, que certains genres de délit y avaient été inclus et que, par conséquent, on ne permettrait pas des actions contenant des discours de haine. Bien que dans l'application on rencontre des applications justes du délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, nous avons noté que parfois, considérant les faits du point de vue de l'unité et l'intégralité de la nation, dans le contexte du délit, ce délit est erronément évalué et qu'il est cause de restrictions des limites dans la liberté d'expression

**Mots clés : Délit d'incitation des masses à la haine et à l'inimitié, Discours de Haine, Délit de haine, Discrimination, xénophobie, antisémitisme, honneur humain, société, demande individuelle, propagande, haine raciste, droits de l'homme (droits de la personne), discrimination raciale, minorités, délit de cybernétique, culture de tolérance, liberté d'expression, respect aux croyances**

**religieuses, Conseil de l'Europe, Nations Unies, Union Européenne, Convention Européenne des Droits de l'Homme, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Convention des Droits Sociaux et Politiques, la Convention visant à annuler toute sorte de discrimination raciale, médias, insulte à la religion, loi d'harmonisation, ordre public, sécurité publique, paix publique, danger proche et apparent, incitation au délit, insulte (outrage), humiliation d'une partie de la population, infériorisation des valeurs religieuses, peuple, classe, religion, race, secte, région, laïcité, croyance, athéiste, violence, délit d'exposition au danger, instigation, incitation, liberté de la pensée.**



## ABSTRACT

### **THE CRIME OF PROVOKING THE PUBLIC TO HATRED, HOSTILITY WITHIN THE SCOPE OF HATE SPEECH**

In the last period, started mentioning new types of crime and speeches in our country and the world together decomposition of identity. Although based on a long history as a date, especially in the last period hate speeches and actions issued as a crime type in national law; reason for limiting freedom of expression in international law. “Provoking the Public to Hatred, Hostility” issued in article 216/1 of Turkish Criminal Code is one of the type of hate speech. Our study aims to analyse hate speech and in this regard provoking people to hatred, hostility.

Due to under hate speech, hate crimes and discrimination headings are hate expressions in the field of national law and international law, these concepts are included as a priority in our study. As contents of these concepts are explained, mentioning that individuals suffering from these concepts into action act to victims with prejudice and profoundly influence the members of the group in which. In our study, stated that victim individuals and groups are referred to fear and have a feeling that exclusion from society; shake confidence to law and public because of state not to take action. Although prejudice underlines this headings that taken part in our study, all of them are different each other. Namely;

At the present time, there is not only one issuement about hate crime. Organization for Security and Co-Operation in Europe make issuement about this subject comprehensively. According to this issuement “A) *Any criminal offence, including offences against persons or property, where the victim, premises, or target of the offence are selected because of their real or perceived connection, attachment, affiliation, support, or membership with a group as defined in Part B.*

*B) A group may be based upon a characteristic common to its members, such as real or perceived race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or other similar factor.”*

Although there is not a definition or comprehensive about hate speech, Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on Hate Speech is only a definition in the field of international. According to this “*the term "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.*”

United Nations Human Rights Committee defines discrimination like this “*any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.*” According to jurisprudence of European Court of Human Rights “*In point of article 14 of European Convention On Human Rights, if inequality on a conduct has not objective and reasonable rightness, namely has not legitimate aim or has not reasonable proportionality between means and aim, it will be discrimination.*”

Due to on the basis of the definitions of the concepts, “Provoking the public to hatred, hostility” issued in article 216/1 of Turkish Criminal Code is accepted as one of the type of hate speech in our study. Hence, form of expression of intolerance on the basis of and hate provoking, emitting, praising expressions are charged within the scope of this crime.

In our study, mentioned that historical development in the Ancient Greek Law, Roman Law and England, France, Italy, Germany, so seen that the crime wasn't arranged as same name in these laws, was issued as “incentive and incitation”.

Within the scope of the thesis topic, even direct issuance about the crime of provoking the public to hatred and hostility is not encountered in international law;

issuement for preventing hate speech and discrimination, providing freedom of expression, freedom of thought, conscience and religion contribute that the crime enter to national laws. Aforementioned international law documents have the characteristics of recommendation or negative covenant. United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and United Nations International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination are international documents have the characteristics of negative covenant. European Convention on Human Rights, European Social Charter, Framework Convention for the Protection of National Minorities, Convention on Cybercrime, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, European Union Charter of Fundamental Rights, are regional documents have the characteristics of negative covenant. Recommendations of Committee of Ministers of the Council of Europe, resolutions of Council of Europe Parliamentary Assembly, reports of Venice Commission, reports of European Commission against Racism and Intolerance have the characteristics of recommendation.

In our study, national legislation of Germany, France, Italy and England are researched and seen that the crime of provoking people to be rancorous and hostile is issued in the criminal code and Youth Protection Act in Germany, in the criminal code and liberty of press code in France, in the criminal code in Italy and in the Public Order Act in England.

In the second chapter of our study, before mentioning that elements of provoking the public to hatred, hostility issued in article 216/1 of Turkish Criminal Code, historical development of the crime has been explained. According to this, although the crime of provoking the public to hatred, hostility was not issued before and after the political reforms made in the Ottoman State in 1839, in these periods incitement concept were defined independently of abet and punished incitement to the unity of states. However, after reforms incitement concept was issued more detailed and closer to the crime of provoking the public to hatred, hostility.

In the republic period, firstly, the crime of provoking the public to hatred, hostility was issued within a different name in article 312 of Turkish Criminal Code No. 765, in 1981 and 2002, changes were made in article. After entry to force Turkish Criminal Code No. 5237, the crime was issued as article 216/1.

The crime of provoking the public to hatred, hostility is issued in “Fifth Section” titled “Offences Against Public Peace ” of “Third Chapter” titled “Offences Against Community” of “Special Provisions” titled “Second Volume in the Turkish Criminal Code No. 5237. “Section of The Public Humiliation” and “Insulting Religious Values” are issued in the article 216/2 and 3 of the Turkish Criminal Code.

The crime of provoking the public to hatred, hostility is issued as this: “ *A person who publicly provokes hatred or hostility in one section of the public against another section which has a different characteristic based on social class, race, religion, sect or regional difference, which creates a clear and imminent danger to public security shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of one to three years.*”

The joint provision is like this: “ *Where the offences defined in the aforementioned articles are committed through the press or broadcasting, the penalty to be imposed shall be increased by one half. However, the expression of thought in the form of criticism and the expression of thoughts which do not go beyond news reporting do not constitute an offence*”

Doctrine opinions and Supreme Court judgements has been referred, as explaining the issuance of the type of crime. Thus, various conclusions have been reached in terms of crime. Accordingly;

The crime aims to prevent incitement that is harmful to socially, incitation that processing of hostile acts against certain sections of society and so serving to protect common life in peace. Also, the crime aims to protect the feelings of individuals regarding existence of legal security and public peace. In this respect, public peace is protected legal interest.

Any person with criminal liability can be offender, in this crime. Section of society that has characteristics in the article 216/1 is victim. This section must be different from incited group as social class, religion, race, sect, another origin and incited group must direct hostility to this section.

In terms of *actus reus*, the crime is free motion offence and offence with consequence. Act of the crime is publicly provokes hatred or hostility in one section of the public against another section which has a different characteristic based on social class, race, religion, sect or regional difference. According to general doctrine opinion, provoking the public to hatred, hostility is “*a psychological state providing the basis for hostility toward the subject to damage by designing, hatred will need to take revenge.*”. According to law terminology incitement is “*to encourage someone to do or feel something unpleasant or violent*”. If we leave the two concepts, people’s social class, race, religion, sect or region against each other in terms of segments with different characteristics, requiring intense hostility, revenge, hatred and evil must have incited. Also incitement must be publicly. Publicity have different definitions. These are divided as site of action, can be seen by third parties and perceptibility of act. While some authors see publicity as an element, some authors see objective condition of punishment.

Various opinions has been suggested on consult of provoking the public to hatred, hostility and the consult of crime has been determined according to definition of publicity. Incitement must create a clear and imminent danger to public security for evolution of this crime. For this reason this crime is a concrete endangerment. A clear and imminent danger to public security must be consult for evolution of this crime. A clear and imminent danger to public security must be revealed perceptibly by the judge. Although in our opinion, a clear and imminent danger to public security is a consult of this crime and the crime is available for attempt, according to other opinion, a clear and imminent danger to public security is objective condition of punishment and is not available for attempt.

In provoking the public to hatred, hostility, the reason of compliance with laws is enjoyment and in this context freedom of expression.

In provoking the public to hatred, hostility *mens rea* is intent, the crime is not available for negligence. The crime is consulted with intentionally act. For this reason intention of offender must involve a clear and imminent danger to public security. The crime can be committed by eventual intent. At eventual intent, offender must see risk from the aspect of public safety and deaf to happening of risk. Although specific intention is contentious in doctrine; in our opinion the crime is not

available for specific intention because of not required inducement for evolution of the crime.

The law- maker hasn't established the specific session for the crime. Therefore successive offence, in coincidence with, consolidation of punishments can be implemented for the crime.

In provoking the public to hatred, privity is possible and the crime can be committed by participation of offenders or assistance. In this context, the liability of participants will be according to article 37 of the Turkish Criminal Code and the rest.

According to provisional article 1 of the law no. 6352, if provoking the public to hatred committed by way of explanation of thought and opinion committed before 31.12.2011, it will be suspended a proceeding, arrested judgement, suspended execution.

In conclusion of our thesis, observed that hate speech hasn't been issued by a specific code, however as certain crime type has been issued like provoking the public to hatred, surmised that the law- maker will not allow act of hate speech. In practical terms, although seen that format of correct application of the crime, determined that in consequence of interpreted wrongly, the crime has been estimated within the scope of indivisibility of state and against freedom of expression.

**Key Words: Provoking People to be Rancorous and Hostile, Hate Speech, Hate Crime, Discrimination, Xenophobia, Antisemitism, Human Dignity, Society, Individual Communication, Propaganda, Racial Hatred, Human Rights, Racial Discrimination, Minority, Cybercrime, Culture of Tolerance, Freedom of Expression, Respect for Religious Belief, European Council, United Nations, European Union, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Convention on Civil and Political Rights, Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Media, Blasphemous Libel, Adjustment Law, Public Order, Public Safety, Public Peace, Grave and Obvious Danger, Incitement, Defamation, Degrade a Section of the Public, Degrade the Religious Values of Public, Social Class, Religion, Sect, Race,**

**Regional Difference, Laicism, Belief, Atheist, Violence , Tehlike Suçu,  
Abetment, Incentive, Publicity, Freedom of Expression**

## ÖZET

### NEFRET SÖYLEMİ KAPSAMINDA HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU

Kimliksel ayrışmayla beraber son dönemde ülkemizde ve dünyada yeni suç türleri ve söylemlerden bahsedilmeye başlanmıştır. Tarih olarak eskilere dayanmasına rağmen özellikle son dönemde nefret içerikli ifadeler ve eylemler ulusal hukukta suç türü; uluslararası hukuk alanında ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sebebi olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 216/1. maddesinde düzenlenen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” de suç türü olarak düzenlenen nefret söylemi eylemlerinden biridir. Çalışmamız nefret söylemi ve bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu incelemeyi amaçlamaktadır.

Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk alanında nefret içerikli ifadeler, özellikle nefret söylemi, nefret suçları ve ayrımcılık başlıkları altında yer alması sebebi ile çalışmamızda öncelikli olarak bu kavramlara yer verilmiştir. Söz konusu kavramların içerikleri açıklanırken, bu kavramları eyleme geçiren bireylerin, mağdur bireylere karşı bir önyargı ile hareket ederek mağduru ve onun mensup olduğu grubu derinden etkilediklerinden bahsedilmiş; eylemlerin gerçekleştirilmesi sonucunda mağdur birey ve grupların korkuya sevk edildikleri ve toplumda istenmediği hissine kapıldıkları, devlet tarafından önlemlerin alınmaması sebebi ile mağdur kişi ve grupların hukuka ve kamuya olan güvenin sarsıldığı belirtilmiştir. Çalışmamızda yer verilen bu kavramların temelinde önyargı yatmasına ve etkileri de benzer olmasına rağmen, her birinin diğerinden farklı nitelikler arz ettiği görülmektedir. Şöyle ki;

Günümüzde nefret suçunu düzenleyen yeknesak bir düzenleme olmamasına rağmen kapsamlı düzenlemeyi Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı yapmıştır. Bu düzenlemeye göre “ A) Nefret suçu, mağdur, mülk ya da suçun hedefi B şikkında tanımlandığı gibi bir grupta gerçek ya da varsayılan bağlantısı, ilgisi, ilişkisi,



*destekçisi ya da üyesi olduğu için seçilerek, mülke ya da kişiye karşı işlenen herhangi bir suçu kapsamaktadır.*

*B) Grup üyelerinin genel özellikleri gerçek ya da varsayılan ırk, ulus ya da etnik orijin, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik, cinsel kaynaklı ya da benzer unsurlara dayandırılabilir.”*

Nefret söylemi bakımından da bir tanım bulunmamasına ya da kapsamı belirlenememesine rağmen, uluslararası alanda yapılmış tek tanım Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli R (97) 20 sayılı tavsiye kararında yer alan tanımdır. Buna göre, “*ırkçı nefreti yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan dinsel hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka ret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır. Bu anlamda ‘nefret söylemi’ muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır.*”

Ayrımcılık kavramı ise Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından “*bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından eşit biçimde tanınmasını ve kullanılmasını engelleme veya tanınmasını ve kullanılmasını hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu etkiye sahip ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statülere dayalı olarak gerçekleştirilen ayırma, dışlama, kısıtlama ve tercih olarak*” tanımlanırken; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre ise “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse, yani meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisi bulunmuyorsa ayrımcılık oluşur*” denmiştir.

Tanımlarına yer verilen kavramlardan yola çıkılarak, Türk Ceza Kanununun 216/1. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da nefret söylemi bağlamında değerlendirilebilecek nitelikte olduğu çalışmamızda kabul edilmiştir. Nitekim söz konusu suç kapsamında hoşgörüsüzlük temeline dayalı, nefret biçimlerini kışkırtan, yayan ve öven ifade biçimi cezalandırılmaktadır.

Çalışmamızda Eski Yunan ve Roma hukuku ile İngiltere, Fransa, İtalya ve Almanya örneklerinde “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçunun tarihi gelişimine değinilmiş ve söz konusu suçun spesifik olarak aynı adla değil, “teşvik ve tahrik” kavramları kullanılarak düzenlendiği görülmüştür.

Tez konumuz kapsamında, uluslararası belgelerde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile ilgili doğrudan düzenlemelere rastlanılmamış olsa da nefret söylemi ve ayrımcılığın önlenmesi ile ifade özgürlüğü ve vicdan özgürlüğünün sağlanması bağlamında oluşturulmuş düzenlemelerin suçun ulusal mevzuatlarda yer almasına katkı sağladığı görülmüştür. Söz konusu uluslararası belgelerin bir kısmı tavsiye niteliğinde olup, bir kısmı ise taraf ülkelere yükümlülükler getiren düzenlemelerdir. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması sözleşmesi uluslararası alanda; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Ek Protokol, Avrupa Temel Haklar Şartı, bölgesel alanda dikkate alınacak olan ve taraflarına bir kısım yükümlülükler öngören belgelerdir. Sözleşmeler haricinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tavsiye kararları, Parlamenter Asamblesi kararları, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu raporları, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu raporları gibi yükümlülük getirmeyen, fakat ülkelere yol gösterici nitelikte olan belgeler de bulunmaktadır.

Çalışmamızda modern ceza kanunlarındaki durum açısından, Almanya, Fransa, İtalya ve İngiltere'nin ulusal mevzuatları incelenmiş, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun Almanya'da Ceza Kanunu ile Gençlik Koruma Kanununda, Fransa'da Ceza Kanunu ile Basın Özgürlüğü Kanununda, İtalya'da Ceza Kanunda ve İngiltere'de ise Public Order Act'te düzenlendiği belirtilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 216/1. maddesinde yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun unsurlarına değinilmeden önce tarihi gelişiminin ne yönde olduğu açıklanmıştır. Buna göre, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu tanzimat öncesi ve sonrası dönemde düzenlenmemiş olmasına rağmen, bu dönemlerde tahrik kavramının iştirakten bağımsız olarak nitelendiği ve devletin birliğine yönelik tahriklerin cezalandırıldığı görülmüştür. Tanzimat sonrası dönemde ise tahrik kavramı daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş

ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna biraz daha yaklaşan düzenlemelere yer verilmiştir.

Cumhuriyet döneminde ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından yapılan ilk düzenleme 765 sayılı TCK'nın 312. maddesinde cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek tarzda kin ve adavete tahrik suçudur, 1981 yılında maddede 2370 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile suç halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ismini almıştır. Söz konusu suç, 765 sayılı TCK döneminde 2002 yılında 4744 sayılı kanunla değişikliğe uğramasının ardından, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girişi ile günümüzdeki halini almıştır.

Tez konumuzu oluşturan, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçları" düzenleyen üçüncü kısmının "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan beşinci bölümünde yer almaktadır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun düzenlendiği 216. maddede bu suçla beraber, 2. fıkrada 'halkın bir kesimini aşağılama' ve 3. fıkrada 'dini değerleri aşağılama suçu' düzenlenmiştir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 216. maddenin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: "*Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

Suçun ağır cezayı gerektiren nitelikli hali 218. maddede düzenlenmiştir: "(Değişik: 5377 - 29.6.2005 / m.25) *Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*"

Çalışmamız kapsamında suçun düzenleniş şekline yer verilirken doktrindeki farklı görüşlerden ve Yargıtay kararlarından yararlanılmıştır. Söz konusu kaynaklardan yararlanmamızın ardından suç bakımından çeşitli sonuçlara varılmıştır.

Buna göre;

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile toplumsal bakımdan zararlı olan tahriklerin, belli toplum kesimlerine karşı düşmanca fiillerin işlenmesini teşvik eden bir ortamın tesisinin önüne geçmek ve böylece barış içindeki ortak hayatın korunmasına hizmet etmenin amaçlanmaktadır. Ayrıca halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile toplumda yaşayan fertlerde hukuk güvenliğinin ve toplum barışının varlığının sürdürdüğü hususunda oluşan duygunun korunması da sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu bakımdan suç ile korunan hukuki menfaat kamu barışıdır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun faili ceza sorumluluğu olan herhangi bir şahıs olabilir. Suçun mağduru ise 216/1. maddedeki özellikleri taşıyan halk kesimidir. Bu kitle tahrik edilen gruptan sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge bakımından farklı olmalı ve tahrik edilen grubun husumeti kendilerine yöneltilmelidir.

Maddi unsur bakımından halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, serbest hareketli ve neticeli bir suçtur. “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçunun maddi unsurunun hareket kısmını kanunda belirtilmiş farklı özelliklere sahip halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık yaratmaya ya da mevcut kin ve düşmanlıkları devam ettirmeye yönelik alenen tahrik etme oluşturmaktadır. Doktrindeki genel görüşe göre, kin ve düşmanlığa tahrik “*husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini oluşturan psikolojik bir hal olarak*” açıklanmıştır. Tahrik bakımından ise hukuk terminolojisinde genel anlamı ile “*bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi ya da var olan bir durumun kişi veya kişilerin iradesi üzerinde etki yapması, iradenin harekete geçirilmesi, belirli bir yöne itilmesini*” ifade etmektedir Her iki kavramdan yola çıkarsak, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşumu için halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesimleri birbirine karşı, öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlığa, nefret ve kötülüğe tahrik etmiş olmalıdır. Ayrıca tahrikin alenen yapılması gerekmektedir. Çalışmamız sırasında aleniyetin tanımında farklı görüşler bulunduğu görülmüş olup; bu görüşlerin bir kısmına göre hareketin yapılmış olduğu yer ön plandadır ve bu yere önem verilmek istenmektedir. Bir kısmına göre de üçüncü kişilerin bir yere girip girebilme imkanlarına göre kavram belirtilmek istenmektedir.

Son olarak ise yapılan hareketin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilme imkanının varlığı aleniyetin kabulünde esas alınmaktadır. Aleniyeti unsur içinde değerlendirenler olduğu gibi objektif cezalandırma şartı olarak değerlendirenler de bulunmaktadır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda netice bakımından da çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bu görüşlerde aleniyete getirilen tanıma göre suçun tamamlanma anı ve neticesi belirlenmiştir. İnceleme konumuz olan suçta suçun oluşumu için tahrikin kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike ortaya çıkarması aranır. Bu bakımdan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu somut tehlike suçudur. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşması için kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin netice bakımından gerçekleşmesi gerekir. Söz konusu suçun oluşması için kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak ortaya çıkması gerekir. Suç tipi incelenirken tarafımızca açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması netice olarak görülmesi sebebi ile teşebbüs mümkün olduğu savunulsa da; kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike ortaya çıkarmasını objektif cezalandırma şartı olduğunu belirtenlere göre halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna teşebbüs mümkün değildir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ise hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilecek olan düşüncüyü açıklama hürriyeti hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir.

Manevi unsur yönünden ise, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kasten işlenebilen bir suçtur ve taksirle ya da bilinçli taksirle işlenemez. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleşmesi ile tamamlanır. Bu sebeple failin kastı açık ve yakın tehlikeyi de kapsamalıdır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun olası kast ile işlenebilmesi de mümkündür. Bu bakımdan fail hareketinden doğacak olan açık ve yakın tehlikeyi öngörmüş olmalı ve fakat bu tehlikenin meydana gelmesine duyarsız kalmış olmalıdır. Özel kastın aranıp aranmayacağı hususu tartışmalı olsa da; kanaatimizce suçun tanımında failde bu suçun gerçekleştirirken herhangi bir saikin bulunması aranmadığı için özel kast aranmayacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik bakımından özel içtima kuralları getirilmediğinden Türk Ceza Kanununun genel hükümleri kapsamında değerlendirme

yapılmıştır. Bu sebeple söz konusu suç bakımından zincirleme suç, fikri içtima ve cezaların içtimaı uygulanabilmektedir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda her türlü iştirak mümkündür ve suç birden fazla kişinin katılımı ve yardımı ile işlenebilecektir. Bu durumda, suçun işlenmesine katılan kişilerin sorumlulukları TCK'nın 37 ve devamı maddelerine göre belirlenecektir.

6352 sayılı kanun ile getirilen geçici 1. madde ile düşünce ve kanaat açıklama yolu ile işlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 31.12.2011 tarihinden önce işlenmesi durumunda kamu davası açılması, kovuşturma ve hükmün infazı ertelenebilecektir.

Çalışmamız sonucunda Türk mevzuatında nefret söylemi konusunda doğrudan bir düzenleme yapılmadığı, fakat halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da dahil olduğu kimi suç tiplerine yer verilerek, bu şekilde dolaylı da olsa nefret söylemi içeren eylemlere izin verilmeyeceği gözlemlenmiştir. Uygulamada halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun doğru uygulanış biçimlerine rastlansa da; kimi zaman devletin birliği ve bütünlüğüne yönelik suç kapsamında değerlendirildiği kimi zaman ise suçun yanlış yorumlanarak ifade özgürlüğü kısıtlamalarına sebep olduğu tarafımızca saptanmıştır.

**Anahtar kelimeler: Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Nefret Söylemi, Nefret Suçu, Ayrımcılık, Yabancı Düşmanlığı, Antisemitizm, İnsan Onuru, Toplum, Bireysel Başvuru, Propaganda, Irkçı Nefret, İnsan Hakları, Irk Ayrımcılığı, Azınlıklar, Siber Suç, Hoşgörü Kültürü, İfade Özgürlüğü, Dinsel İnançlara Saygı, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, Medya, Dine Hakaret, Uyum Yasası, Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği, Kamu Barışı, Açık ve Yakın Tehlike, Suça Tahrik, Hakaret, Halkın Bir Kesimini Aşağılama, Dini Değerleri Aşağılama, Halk, Sınıf, Din, Irk, Mezhep, Bölge, Laiklik, İnanç, Ateist, Şiddet, Tehlike Suçu, Azmettirme, Teşvik, Aleniyet, Düşünce Hürriyeti**

## GİRİŞ

Nefret, öfke korku, potansiyel tehlike, çoğu zaman tanınmayan, bilinmeyen ancak kendisine benzemediği, farklı olduğu için “diğer” olanlara yönelik ortaya çıkan bir ruh durumu olup; nefret söylemi ise genel ifade ile her türlü hoşgörüsüzlükten kaynaklanan ve önyargılardan beslenen nefreti yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı çıkaran ifade biçimidir. Nefret söylemi tarih olarak çok eskilere dayanmasına rağmen yapılan uluslararası hukuka ilişkin düzenlemeler ve kamuoyundaki tartışmalar sonucunda güncellik kazanmıştır.

Geçmiş dönemlere bakıldığında da aslında nefret söylemine yer verildiği, fakat bu konuda doğrudan bir tanımlama yapılmadığı görülmektedir. Nitekim Beccaria “*Yurttaşların güvenlik özgürlüklerine karşı yapılan saldırılar en ağır suçlardır. Halktan kişilerin tasarlayarak adam öldürmesinin ve hırsızlıklarının yanı sıra, seçkinlerin ve yargıçların işledikleri bu türden suçla rda aynı sınıfa girerler. Çünkü böyle bir durum, adalet ve ödev düşüncelerini yıkararak ve bunların yerine en güçlü olanın haklı olduğu inancını geçirerek yarattığı derin aykırılık ve etkiyle uyrukları ve yurttaşları sarsar.*”<sup>1</sup> diyerek ve özellikle “*adalet düşüncelerini yıkararak ve bunların yerine en güçlü olanın haklı olduğu inancını geçirerek yarattığı derin aykırılık uyrukları ve yurttaşları sarsar*” ifadesini kullanarak adını koymuş olmasa da bir bakıma nefret söyleminin ve nefret suçlarının etkisini ortaya koymuştur.

Ülkelerin ulusal mevzuatlarında tarihsel gelişime bakıldığında, nefret söylemi kapsamında bir düzenlemenin doğrudan yapılmadığı eski tarihlerde nefret söyleminden ziyade devletin birliğine yönelik eylemlerin, söylemlerin cezalandırıldığı görülmektedir. Günümüzde ise, çalışmamız kapsamında yer alan Almanya, Fransa, İtalya ve İngiltere gibi ülkelerde nefret söylemi konusunda doğrudan bir kanun çıkarılmadığı bunun yerine ceza kanununda veya başka kanunlarda farklı suç tiplerinde düzenlendiği görülmekte olup, çalışmamız

---

<sup>1</sup> Cesaria Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 2. Bası, İstanbul: İmge Kitabevi, 2010, s. 58.

kapsamında sadece halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna veya bu suça benzer suçlara yer verilmiştir.

Uluslararası düzenlemelerde ise gerek nefret söylemi gerek bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin doğrudan düzenlemeler bulunmamakta olup bunun yerine, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu gibi nefret söylemi oluşturan eylemlerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu konuda uluslararası alanda Birleşmiş Milletler'in, bölgesel alanda ise Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin yükümlülük getiren ya da tavsiye niteliği taşıyan düzenlemelerine rastlanmaktadır.

Türk mevzuatında "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik" suçuna ilişkin açıklamalarda bulunmadan önce çalışmamızda yukarıda açıkladığımız üzere geçmişten beri var olan fakat son dönemde gündemde daha çok yer bulmaya başlayan nefret söylemine değinilmiş, bu kavramın ve diğer benzer kavramların tanımına yer verilerek aralarındaki farklar vurgulanmıştır. Daha sonrasında ise nefret söylemi bağlamında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna benzer düzenlemelerin tarihi gelişimi incelenerek, uluslararası ve bölgesel düzenlemelerde nasıl yer verildiğine sadece Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği örnekleri verilerek değinilmiştir. Tarihsel gelişim bölümünde özellikle Almanya, Fransa, İtalya, İngiltere örneklerine yer vermemiz sebebi ile bu ülkelerin günümüzde ne şekilde düzenlemeleri bulunduğunu görmek amacı ile sadece söz konusu dört ülkenin modern ceza kanunlarına ilişkin açıklamada bulunulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise Türk mevzuatında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun ne şekilde düzenlendiğine yer verilmiştir. Türk mevzuatında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu TCK 216/1. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu suçun madde metni ise şu şekildedir "*Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" 216/2. maddede halkın bir kesimini aşağılama, 216/3. maddede ise dini değerleri aşağılama suçu bulunmaktadır. Konunun genişliği sebebi ile sadece 216/1. maddeye değinilmiş, 216/2 ve 216/3. maddelere ise suçun mevzuattaki diğer suçlardan farklılıklarına ilişkin açıklama yapılırken yer verilmiştir.



İkinci bölümde tarihsel gelişime ilişkin açıklamalarda bulunurken Tanzimat öncesi ve sonrasında suça ilişkin doğrudan düzenlemeye rastlanılmasa da suçun içerisinde tahrik eyleminin yer alması ve tahrikin iştirakten bağımsız bir kurum olarak düzenlenmesi sebebi ile söz konusu dönemlere ilişkin de açıklamada bulunulmuştur. Çalışmamız kapsamında Cumhuriyet döneminde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun doğrudan düzenlendiği ve bu düzenlemenin kimi zaman kamu barışı ya da düzeni korumaktan ziyade ifade özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik olarak değiştirildiğinden bahsedilmiştir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile korunan hukuki menfaat kamu barışı olup, çalışmamız kapsamında kamu barışının doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında ne şekilde değerlendirildiğine değinilmiştir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, mağdur açısından içerisinde halk, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge gibi birçok kavramı barındırmakta olup, her bir kavramın açıklamasına ayrı ayrı yer verilmiş, bu açıklamalarda bulunurken de Yargıtay içtihatlarından ve doktrindeki farklı görüşlerden yararlanılmıştır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda maddi unsurun hareket kısmını, kanunda belirtilmiş farklı özelliklere sahip halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık yaratmaya ya da mevcut kin ve düşmanlıkları devam ettirmeye yönelik alenen tahrik etmenin oluşturması sebebi ile daha sistematik olma amacı güdülerek kin ve düşmanlık, tahrik ve aleniyet ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Netice bakımından ise suçun somut tehlike suçu olması bakımından çeşitli tartışmalar bulunmakta olup, bilhassa açık ve yakın tehlike kavramının objektif cezalandırma şartı mı netice unsuru mu olduğu yönünde doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Çalışmamızda bu görüşlere yer verilmiş ve kanaatimizce açık ve yakın tehlike kavramının netice unsuru olduğu belirtilerek suçun da teşebbüse elverişli olduğuna işaret edilmiştir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun manevi unsurunun kast olduğu yönünde görüş birliğinde bulunmasına rağmen, kast ve özel kast olup olmadığı yönünde tartışma bulunmaktadır. Çalışmamız kapsamında her iki görüşe yer verilmiş olsa da kanaatimizce, suçun tanımında failde bu suçu gerçekleştirirken herhangi bir saikin bulunması aranmadığı için bu suçlarda özel kastın bulunmasına gerek yoktur ve genel kastın bulunması yeterlidir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından, hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilecek olan düşünceyi açıklama hürriyeti hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. TCK, Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi öngörülen sınırlandırmalar ışığında değerlendirildiğinde düşünce hürriyeti kapsamına giren eylemler halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturmayacaktır. Bu sebeple tarafımızca öncelikle düşünce hürriyeti açıklanmış ve ne şekilde sınırlanacağına ilişkin mevzuata yer verilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üzere çalışmamız kapsamında öncelikli olarak nefret söylemi ve bu bağlamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin uluslararası düzenlemelere ve farklı ülkelerin ulusal mevzuatlarına değinilmiş; daha sonra ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun TCK kapsamında değerlendirmesi yapılmıştır. Her iki bölümde de mümkün olduğunca mahkeme ya da diğer mercilerin kararlarından ve doktrindeki farklı görüşlerden mümkün olduğunca yararlanılmaya çalışılmıştır.

## **BİRİNCİ BÖLÜM: NEFRET SUÇU, NEFRET SÖYLEMİ, AYRIMCILIK KAVRAMLARI- TARİHSEL GELİŞİM- ULUSLARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATTA HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU**

### **I. NEFRET SUÇU- NEFRET SÖYLEMİ- AYRIMCILIK KAVRAMLARI**

#### **A. Genel Olarak**

Dünyada ve ülkemizde yaşanan kutuplaşmalar sebebi ile farklı kesimlere karşı yaratılan tahammülsüzlük ortamı sonucunda farklı ırk, din, etnik köken, mezhep, cinsiyet vs. gibi sebeplerle kişiler ve gruplar hoşgörüsüzlüğün hedefi haline gelmiş ve kimliksel ayrışmalar yaratılmıştır.

Kimliksel ayrışmayla beraber son dönemde ülkemizde ve dünyada yeni suç türleri ve söylemlerden bahsedilmeye başlanmıştır. Tarih olarak eskilere dayanmasına rağmen özellikle son dönemde nefret içerikli ifadeler ve eylemler ulusal hukukta suç türü olarak; uluslararası hukuk alanında ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sebebi olarak düzenlenmiştir.

Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk alanında nefret içerikli ifadeler, özellikle nefret söylemi, nefret suçları ve ayrımcılık başlıkları altında yer almaktadır. Nefret suçu, nefret söylemi ve ayrımcılık kavramlarını eyleme geçiren bireyler mağdur bireylere karşı bir ön yargı ile hareket ederek mağduru ve onun mensup olduğu grubu derinden etkilemektedir. Bu eylemlerin gerçekleştirilmesinin sonucunda mağdur birey ve gruplar korkuya sevk edilmenin yanı sıra toplumda istenmediği, topluma ait görülmediği hissine kapılmakta, devlet tarafından bu eylemleri önleyecek tedbirlerin alınmaması ise mağdur kişi ya da grupların hukuka ve kamuya olan güvenini de sarsmaktadır.

Nefret suçu, nefret söylemi ve ayrımcılık kavramlarının temelinde önyargı yatmış olmasına ve etkileri de mağdurlarda benzerlik arz etmesine rağmen birbirlerinden farklı kavramlardır ve dolayısıyla haklarında ayrı hukuki düzenlemeler yapılmıştır.

Tez konumuz olan TCK'nın 216. maddesinde düzenlenen "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu" da nefret söylemi bağlamında düzenlenen suç olması sebebiyle, nefret söyleminin, nefret suçu ve ayrımcılıktan farklılık arz ettiğini vurgulamak amacıyla bu kavramlara değinilecektir.

## **B. Nefret**

Güncel Türkçe Sözlüğe göre nefret ilk olarak "*bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu*"; ikinci olarak "*tiksinme, tiksinti*"; Felsefe Terimleri Sözlüğüne göre ise kişilere karşı kullanımda "*birinin kötülüğünü istemeye varan tutku; yok etme isteğine varan bir yadsıma, bu yüzden nefretin en yüksek derecesi öldürmeyi isteyen nefret*"; şeylere (nesnelere) karşı ise "*sevmeme; uzaklaştırmayı, ortadan kaldırmayı isteme*" olarak adlandırılır<sup>2</sup>.

## **C. Nefret Suçları**

İnsan haklarına yönelmiş bir saldırı niteliği taşıyan nefret suçları; uluslararası düzeyde kabul gören insan hakları sözleşmelerinin temel argümanlarından biri olan eşitlik ilkesinin açık bir ihlalidir. Bu ihlalin engellenmesi için ulusal ve uluslararası düzeyde düzenlemeler yapılmalıdır.

Nefret suçu eylemlerinin engellenmesinin ilk girişimi 1960'lı yıllarda ABD'de özellikle Yahudilere ve Siyahlara yönelik saldırıları engellemek amacıyla başlatılmış olup, nefret suçu kavramı 1986 yılında New York'ta bir grup beyaz genç tarafından siyah bir kişiye yönelik ırkçı saldırının gazete sayfalarına yansımaları ile yaygın olarak kullanılmaya başlandı<sup>3</sup>.

Günümüzde uluslararası ya da ulusal alanda nefret suçlarını düzenleyen yeknesak bir düzenleme olmayıp kapsamlı düzenlemeyi Avrupa Güvenlik ve İşbirliği

<sup>2</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

<sup>3</sup> Hakan Ataman, "Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo - Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der. Yasemin İnceoğlu, 1. Basım, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 59.

Konferansı adıyla 1970'li yılların başında, soğuk savaş koşullarındaki Avrupa'nın bölünmüşlüğüne son verilmesi, güvenlik ve istikrarın sağlanması ve katılımcı devletler arasında bu işbirliğini geliştirme amacıyla kurulmuş olan Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı yapmıştır. AGİT “ *A) Nefret Suçu, mağdur, mülk ya da suçun hedefi B şikkında tanımlandığı gibi bir grupla gerçek ya da varsayılan bağlantısı, ilgisi, ilişkisi, destekçisi ya da üyesi olduğu için seçilerek, mülke ya da kişiye karşı işlenen herhangi bir suçu kapsamaktadır.*

*B) Grup üyelerinin genel özellikleri gerçek ya da varsayılan ırk, ulus ya da etnik orijin, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik, cinsel kaynaklı ya da benzer unsurlara dayandırılabilir.”* yönünde düzenleme getirmiştir<sup>4</sup>.

AGİT'in tanımını özetlersek ırk, etnik köken, dil, renk, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik gibi mağdurun veya mağdurların sahip olduğu temel ve değiştirilemez nitelikteki belirli özellikler sebebiyle işlenen suçlar nefret suçunu oluşturmaktadır.

Nefret suçlarının, tanımından yola çıkarsak, iki unsuru bulunmaktadır. Bu da önyargılı bir motivasyonla bir suçun işlenmiş olmasıdır. Burada öncelikli olarak fail tarafından gerçekleştirilen fiil kanunlarda suç olarak düzenlenen bir fiil olmalıdır. Diğer unsur ise mağdurun ya da mağdurun mensup olduğu düşünülen grubun sahip olduğu bazı ayırt edici özellikler sebebiyle yani önyargı saikiyle suçun işlenmiş olmasıdır. Bu hususta nefret suçunu diğer suçlardan ayıran unsur failin önyargı saikiyle hareket etmiş olmasıdır. Nefret suçlarında işlenen bir fiili suçun işlenme saikinden bağımsız olarak da cezalandırabileceği unutulmamalıdır.

Nefret suçları mallara ya da kişilere karşı işlenebilen bir suçtur. Failin mağduru seçmesindeki sebep mağdurun ırk, ulus ya da etnik orijin, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik gibi özellikleri taşımasıdır. Bu suçlarda failin mağdurdan kişisel olarak nefret etmesi aranmamaktadır. Önemli olan mağdurun ortak özellik taşıdığı gruptur. Fail mağdura karşı suç işleyerek mensup olduğu gruba da bir gözdağı vermek ve toplumda istenmediklerine dair mesaj yollamaktır.

---

<sup>4</sup> Hate Crimes In The OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, Organization for Security and Co- Operation in Europe, s. 10 ( <http://www.osce.org/odihr/26759>).

#### D. Nefret Söylemi

Nefret söylemine dair yeknesak bir tanım bulunmamakta ve kapsamı da tam olarak belirlenememektedir. Bir tanım bulunamamasının ya da kapsamının tam olarak belirlenememesinin sebebi söylemin nereye kadar ifade özgürlüğü sınırları içinde kalacağı nerede nefret söylemi oluşturacağı hususunda kalınan ikilemdir. Öncelikle belirtilmelidir ki nefret söyleminin tanımlanmadan önce kapsamlı bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekir. Nefret söylemi hakların kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilerek gerekçelendirme yapılabilir ki bu husus uluslararası insan hakları organları kararlarıyla doğrulanmakta olup, nefret söylemi ifade özgürlüğü koruması altında yer almamaktadır. Fakat nefret söylemi ile ifade özgürlüğüne getirilen bir sınırlama çarpıcı gelen, şoke eden ya da rahatsız eden bilgi ve düşüncelerin susturulması anlamını da taşımamalıdır.

Nefreti söylemi hakkında uluslararası alanda tek tanım Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararında yer almaktadır. R (97) 20 sayılı tavsiye kararına nefret söylemi “ *ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan dinsel hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka ret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır. Bu anlamda ‘nefret söylemi’ muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır.*”<sup>5</sup>. Söz konusu tavsiye kararına AIHM’in kararlarında da atıf yapıldığı görülmektedir. Tavsiye kararında yer alan tanım daha çok ırk veya etnik kökene dayalı nefret ya da yabancı düşmanlığı veya antisemitizm merkezlidir.

Nefret söylemine karşı ulusal ve uluslararası hukukta geliştirilen düzenlemelerden ilk kategori belli bir gruba hakaret etmeyi ve nefreti kışkırtmayı yasaklamakta; ikinci kategori bir kişinin ya da ulusun onuruna hakaret etmeyi; üçüncü kategori ise belirli bir tarihsel olayı reddini yasaklamaktadır.

<sup>5</sup> “Recommendation No. R 97 (20) of the Committee of Ministers to Member States on Hate Speech”. (Tavsiye kararı metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp)) “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararı” olarak anılmıştır.

Nefret söylemi kategorik olarak suç değildir. Nefret söylemi belirli bir içeriğe sahip olduğu durumda bazı ülkelerin mevzuatında suç olarak düzenlenebilecektir.

Nefret söylemleri, nefret suçu olarak kabul edilmese dahi bir suç işlenmeden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç işlendikten hemen sonra yapılan ve nefret söylemi teşkil eden açıklamalar, nefret suçunu oluşturan önyargı saikinin varlığını kanıtlamada kuvvetli delil oluşturur<sup>6</sup>.

Tez konumuzu oluşturan TCK 216/1. maddede düzenlenen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu da nefret söylemi bağlamında incelenebilecektir. Burada hoşgörüsüzlük temeline dayalı, nefret biçimlerini kışkırtan, yayan ve öven her türlü ifade biçimi cezalandırılmaktadır.

### E. Ayrımcılık

Nefret suçu ve nefret söylemini ayrımcılık kavramından ayrı tutmak gerekmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi ayrımcılığın “*bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından eşit biçimde tanınmasını ve kullanılmasını engelleme veya tanınmasını ve kullanılmasını hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu etkiye sahip ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statülere dayalı olarak gerçekleştirilen ayırma, dışlama, kısıtlama ve tercih*” olarak anlaşılması gerektiğini 18 no’lu genel yorumda belirtmiştir<sup>7</sup>. AIHM’in içtihatlarına göre ise “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse, yani meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur.*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>8</sup>. Tanımlardan yola çıkılarak denebilir ki; farklı nitelikler taşıyan kişilere karşı, objektif ve makul bir sebebe dayanmadan

<sup>6</sup> **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 25 (<http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>)

<sup>7</sup> “UN Human Rights Committee, General Comment No:18, Non-Discrimination, 10.11.1989”. (Yorum metni için bkz. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e> ) “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 10 Kasım 1989 tarihli 18 No’lu Genel Yorum” olarak anılmıştır.

<sup>8</sup> Rasmussen v. Danimarka, Başvuru No: 8777/79, Karar Tarihi: 28.11.1984 paragraf 38 (Karar metni için bkz.

farklı muamele yapılması ayrımcılık oluşturmaktadır. Ayrımcılık konusunda yapılan düzenlemelerde işyerinde veya malların ve hizmetlerin alımında yapılan ayrımcı davranışlar cezalandırılmaktadır. Nefret suçu, nefret söylemi ve ayrımcılık birbirlerinden farklı olmasının yanı sıra birbirini tetikleyen olgulardır

## II. TARİHİ GELİŞİM

### A. Genel Olarak

TCK'nin 216/1. maddesinde düzenlenen "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik" suçu spesifik olarak aynı adla düzenlenmemiş olup özellikle " teşvik ve tahrik" düzenlemeleri altında yer almıştır. Bu sebeple Eski Yunan ve Roma hukuku ile Batı Hukuku olarak ayırdığımız bölümlerde sadece suç tipinin özellikle düzenlendiği hale değil, ayrıca "teşvik ve tahrik" düzenlemelerine de değinilecektir.

### B. Eski Yunan ve Roma Hukuku

Halk arasında aykırılıklara sebebiyet veren, halkın birbirine düşmesine neden olabilecek nitelikteki genel belirsiz ve geniş kapsamlı tahriklerin Eski Yunanda cezalandırıldığını; Yunan düşünürlerden Sokrates'in yaşadığı dönemde ortaya attığı fikirlerle gençliği baştan çıkarıp doğru yoldan ayırmakla ve bu suretle cemiyette yaşayan insanların birbirine düşmesine sebebiyet vermekle suçlanması ve bunun ardından cezalandırılması göstermektedir<sup>9</sup>.

Roma hukukunda da kişilerin suça yöneltmesi halinde, genelde tahrikçi, suçun işlenmesi durumunda asli maddi fail ile birlikte cezalandırılırken; kişinin suça itilmesi, bazı durumlarda neticeden ayrı olarak ele alınmaktadır. "İmparatora ya da devlete karşı tahrikte bulunan kimselerin" cezalandırılacağı belirtilerek imparator veya devlet aleyhine olan suçların işlenmesi için tahrikte bulunmak cezalandırılmakta; böylece amaç fiilden ayrı olarak yaptırım altına alınmıştır. Kitle halinde işlenen suçlarda da tahrik ayrı olarak ele alınıp, bu suçların da tahrik ve teşvikçisi cezalandırılmıştır<sup>10</sup>. Böylece devletin güvenliğini ilgilendiren durumlar haricinde tahrikin ayrıca cezalandırıldığı görülmektedir.

<sup>9</sup> Köksal Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İstanbul: Formül Matbaası, 1977, s. 43.

<sup>10</sup> **Ibid.**, s. 44.



Görüldüğü gibi bu dönemde tahrik farklı nitelikler taşıyan grupların birbirlerine karşı tahriki olarak düzenlenmemiş olup “suç işlemeye tahrik ve teşvik” kavramı altında düzenlenmiştir.

### C. 18. Yüzyıl

İngiltere’de bir mahkeme 1664 tarihinde sonuçsuz kalan tahriki cezalandırmıştır<sup>11</sup>. Bu karardan sonra 1724, 1769 ve 1801 tarihli kararlarda aynı ilke yer almıştır<sup>12</sup>. Bunun yanı sıra Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuyla kısmen alakalı olarak 1797 tarihinde, Fransız devrimcilerinin İngiliz denizcilerini isyana teşvik etmeleri sonrasında “Incitement to Mutiny Act” çıkarılmış ve bu kanun parlamento tarafından 19 Kasım 1998 tarihinde kaldırılmıştır<sup>13</sup>.

Fransa’da ise 18. yüzyıl sonları ile 19. yüzyılda yürürlüğe konulan kanunlarda, kararnamelerde tahrik genel nitelikte bağımsız bir suç, iştirak müessesesi ya da özel konulara ilişkin bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>14</sup>. Fransa’da 1791 tarihli Ceza Kanununda “suçların şerikleri” başlığını taşıyan üçüncü faslının 1. maddesinde suçun asli maddi failini, vaat, menfaat, emir ve tehdit ile tahrik eden kimsenin asli maddi fail gibi cezalandırılacağı, 2. maddede ise umumi mahallerde çeşitli vasıtalarla, bir suçun işlenmesi, alenen, doğrudan doğruya tahrik edildiğinde tahrikçinin asli maddi fail gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bayraktar’ın da işaret ettiği üzere bu hükümlere göre tahrik, belirli bir kimseye veya belirsiz kişilere, olmak üzere ikiye ayrılmış ve ilkinde iştirak kurallarının uygulanması zorunlu görülürken ikincisi için aleniyet yeterli sayılmıştır<sup>15</sup>. Sonuç olarak tahrik bağımsız bir niteliğe sahip olmamış ve iştirak müessesine bağlanmıştır.

### D. 19. Yüzyıl

İngiltere’de 1886 tarihli bir kararla ayaklanmaya kışkırtmanın halkı şiddete tahrik kastı ile mümkün olacağı belirtilmiştir<sup>16</sup>. Daha sonraki yıllarda “Kral hakkında

<sup>11</sup> Sulhi Dönmezer, **Basın Hukuku: Genel Prensipler- Basın Hürriyeti- İdari Rejim- Ceza Rejimi**, 3. Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1968, s. 35.

<sup>12</sup> Bayraktar, s. 48’den Williams, L.G., **Criminal Law, The General Part**, London, 1953, not 2, (R.v. Vaughan,-1769-4 Barr 2494; R.v. Pympton-1742-2 Ld. Raym 1377; R.v. Higgins-1801-2 East 5, 102, ER 269 kararları).

<sup>13</sup> Ian Cram, **Terror and War on Dissent Freedom Of Expression in the Age of Al- Queda**, London: Springer, 2009, s.83.

<sup>14</sup> Bayraktar, s. 48.

<sup>15</sup> **Ibid.**, s. 49.

<sup>16</sup> Bayraktar, s. 48’den Ancel-Radzinowicz, 95 (R.v. BUrns, 1886, 16 Cox 335).

kin ve nefret husule getirmek yahut halkı isyana tahrik, krala veya hükümetine yahut Anayasaya parlamentoya, Adalet cihazına karşı memnuniyetsizliğe tahrik etmek, kralın uyruklarını, kanun dışı vasıtalarla, kilise ve devlet hakkında kanunen müesses düzeni değiştirmeye teşvik etmek, kralın teb'ası arasında memnuniyetsizlik yahut muhtelif sınıflar arasında husumet ve kötü niyetler tahrik eylemek” fitne ve fesat sayılarak cezalandırılmaya başlanmıştır<sup>17</sup>. 1879 tarihli “Riots Acts” projesiyle de kamu sükununun tahrik ve teşvikle ihlali müeyyide altına alınmak istenmiştir<sup>18</sup>.

Fransa’da ise 26-27 Temmuz- 3Ağustos 1871 tarihli Kararnamelerde tahrik özel bir suç olarak düzenlenmeye başlamış ve kalabalıkları şiddet eylemlerinde bulunmaya tahrik edenlerin ölüm cezasına mahkum edilecekleri belirtilmiştir<sup>19</sup>. 1810 tarihli Ceza Kanununun 610. maddesinde tahrik bir iştirak çeşidi olarak belirlenmiş, aleni tahrik ve genel suç niteliğindeki tahrik öngörülmemiş, sadece bazı maddelerde özel tahrik suçları düzenlenmiştir<sup>20</sup>.

Bu dönemde Fransa’da yürürlüğe konulmuş çeşitli kanun ve kararnamelerde değişik tahrik halleri öngörülmüş olmasına rağmen konumuzla ilgili olarak 1819 yılında düzenleme yapılmıştır. 1819 yılında Fransa’da liberal anlayışa sahip hükümet zamanında çıkarılan basına geniş özgürlükler veren üç kanundan biri olan 17 Mayıs 1819 tarihli Kanunun 1. maddesine göre “ *Umumi yer veya umuma açık toplantılarda nutuk söyleyerek, bağırarak veya tehditle, aynı yerlerde satılan veya dağıtılan resimlerle, yazılarıyla, gravürlerle veya amblemlerle veya halka sunulmuş afişlerle vatandaşları bir veya birkaç sınıfa karşı tahrik eden... cezalandırılır.*” denmiştir<sup>21</sup>.

Fransa’da iç karışıklıkların yaşanması üzerine liberal hükümet düşmüş, yerine sağ görüşe sahip kimseler gelmiş ve bu kimseler tarafından liberal muhalif basını sınırlamak amacıyla 25 Mart 1822 tarihinde Fransız Basın Kanununu yapılarak 10. maddeye “ *her kim kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde vatandaşları, değişik ortak sebeplerle gruplaşmış insan topluluklarına karşı alenen tahrike veya kine tahrik ederse... cezalandırılır.*” hükmü konulmuştur<sup>22</sup>. Bu kanunda sosyal sınıf tabiri

<sup>17</sup> Dönmezer, s. 35.

<sup>18</sup> Bayraktar, s. 48’den De Rubeis, Dei delitti contro l’ordine pubblico, ...in (Encyclopaedia del diritto penale italiano diretta dal prof. Enrico Pessina, vol. settimo, Milano, 1907).

<sup>19</sup> Bayraktar, *Ibid.*, s. 49’dan Duffar, *La Loi Anticasseurs*, (Rev. de Dr. pub. 1972, no. 1), p.50.

<sup>20</sup> Bayraktar, s. 49.

<sup>21</sup> Ahmet Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)*, Ankara: LDT, 2001, s. 31.

<sup>22</sup> Gökçen, s. 31.

yerine “classes de personnes” tabiri kullanılmış bu tabirden değişik ortak sebeplerle gruplaşmış insan toplulukları anlaşılmıştır<sup>23</sup>.

Kanunlara itaatsizlik, cürmün övülmesi fiillerini de cezai müeyyide altına alan 9 Eylül 1835 tarihli kanunda ise konumuza ilişkin suçla ilgili olarak “classes de la societe” ifadesi kullanılmış fakat Fransız Hukuk Doktrini bu iki farklı terime değişik anlam vermemiştir<sup>24</sup>.

11-12.8.1848 tarihinde, Fransa’da iç karışıkları bastırmak amacıyla politik grupların ve basının özgürlüklerini sınırlamak üzere kararname çıkarılmış vatandaşların insan topluluklarına değil vatandaşların vatandaşlara karşı tahriki cezalandırılmıştır<sup>25</sup>.

Konumuzla ilgili suçun İtalya’daki düzenlenişi, ilk olarak 26 Mart 1848 tarihli ve 695 sayılı Basın Kanununda yer alan “sosyal durumlar arasında düşmanlık suçu” hükmünde görülmektedir. Bunun ardından 19 Haziran 1894 tarihli ve 314, 315 ve 316 sayılı üç kanunda aynı konuyu değişik açılardan düzenlenmiştir<sup>26</sup>.

Daha önceki dönemlerde ise Sardunya Ceza Kanununun 468. maddesinde, suç işlemeye tahrik, kanunda suç olarak görülen fiilin övülmesi, kanunlara itaatsizliğe tahrik ve sosyal sınıflar arasında tecavüze tahrik suç olarak belirtilirken; Toskana Ceza Kanununun 54. maddesinde tahrikin icra ile tamamlanması durumunda iştirak halinin uygulanacağı, aksi halde tahrikin konusuna göre ceza tayin edileceği belirlenmiş; iki Sicilya Kanununda ise tahrik özel anlamı içinde düzenlenmiş ve 140. maddede, krala veya ailesine karşı bir suç işlenmesine yönelik teşvik müeyyide altına alınmıştır<sup>27</sup>.

1889 tarihinde Zanerdelli Kanunu yürürlüğe girmeden önce çeşitli projelerle tahrik kurallara bağlanmaya çalışılmıştır. 17 Mayıs 1868 projesinde tahrikin cezalandırılacağı belirtilmiş, Nisan 1870 projesinde hareket şekilleri ayrı ayrı belirtilmiş, 30 Haziran 1873 De Falco projesinde tahrik vasıtaları ortaya konulmuş, 24 Şubat 1874 tarihinde ise Viglianti’nin Senatoya sunduğu projenin 254.

<sup>23</sup> Çetin Özek , “Türk- İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı”, **MHAD**, Yıl 1, Sayı:1-2, İstanbul, 1967, s. 28.

<sup>24</sup> Özek, s. 28.

<sup>25</sup> **Ibid.**

<sup>26</sup> **Ibid.**

<sup>27</sup> Bayraktar, s.52.

maddesinde ise tahrik kavramının boyutları genişletilerek kanunlara karşı saygısızlık, cürmün övülmesi, çeşitli sosyal hallerin kine tahrik edilmesi öngörülmüştür<sup>28</sup>.

1889 tarihli Zanerdelli Kanununda konumuzu oluşturan suç tipi, cürüm fiilini övme ve halkı kanunlara karşı itaatsizliğe tahrik fiili ile 247. maddede beraber düzenlenmiştir<sup>29</sup>. 247. maddeye göre “ *Her kim; kanunun cürüm addettiği bir fiili alenen medh ve istihsan eder veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını emniyeti umumiye için tehlikeli bir tarzda kin ve adevete teşvik eylerse üç aydan bir seneye kadar ve ... liradan ... lirete kadar para cezası ile cezalandırılır.*”<sup>30</sup> denerek suçların ortak unsurunun aleniyet olduğu da belirtilmiştir. 1887 tasarısında bu suç hakkında tabirin kati olarak ifade edilmemesi gerektiği, medeni ve içtimai ıslahat maksadıyla umumi bir yerde belirli bir sınıfa karşı hislerini ifade etmede cürmün unsurlarını toplamak zor olduğu için ceza konusunda yalnız umumi emniyet sahasında bozukluk getirecek nitelikteki fiillerin kanunda belirtildiği unutulmaması gerektiğinden bahsedilmiş olsa da<sup>31</sup>; Zanerdelli Kanununda yer alan bu suçun uygulaması yönünden değişik görüşler ortaya atılmış, maddenin uygulama alanı tartışılmış, Kanunda anarşizm ve komünizm suçlarını engelleyen maddelerin olmaması sebebiyle 247. maddenin bu fiillere de uygulandığı görülmüştür<sup>32</sup>. 247. maddede yer alan içtimai sınıflar kavramından iktisadi ayrımın anlaşılması gerektiği ayrıca kanunun içtimai tehlike aradığı, önemsiz varsayımlara dayanılmayacağı da belirtmiştir<sup>33</sup>. Bu sebeplerle sonuç olarak 1889 Zanerdelli Kanunun yürürlüğü boyunca sınıflar arasında düşmanlık yaratma suçu genel olarak bir sınıf mücadelesi anlamını taşımamış; maddede kamu düzenini bozacak şekilde ve sınıfların birbirlerine düşman edilmeleri için yapılan genel telkinlerin cezalandırılacağı belirtilmiş, sosyalist, marksist akımların cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir<sup>34</sup>.

Almanya’da tahrik kavramına ilk olarak 1813 tarihli Bavyera Kanunun isyana tahriki düzenleyen 324. maddesinde ve devletin kanunlarına ya da vatandaşların haklarına karşı görevlerin ihlal edilmesine tahriki düzenleyen 325. maddesinde

<sup>28</sup> Bayraktar, s. 52.

<sup>29</sup> Gökçen, s. 33.

<sup>30</sup> Majno,  **Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, C.III, Ankara: Yargıtay Yayınları No:8, 1980, s. 5.

<sup>31</sup> **Ibid.**, s.9.

<sup>32</sup> Özek, s. 29.

<sup>33</sup> Majno, s.10.

<sup>34</sup> Özek, s.30.

rastlanılmıştır<sup>35</sup>. Alman yerel devletlerinde inceleme konumuz olan suç tipi şerefi, dini ve devleti koruyan hükümler çerçevesinde doğrudan cezalandırılmıştır. 30 Haziran 1849 tarihinde Prusya Krallığı 11-12 Ağustos 1848 tarihli Fransız Kararnamesinden esinlenerek bir olağanüstü hal yönetmeliği çıkarmış ve bu yönetmeliğin 17. maddesine grupları koruyan düzenleme getirmiştir. Benzer hüküm 1851 tarihinde Baden Dukalığı Ceza Kanununa da eklenmiştir<sup>36</sup>. 14 Nisan 1851’de çıkarılan yeni Prusya Ceza Kanununun 100. maddesinde ise “*kamu barışını tehlikeye düşürecek tarzda vatandaşları birbirine karşı kine veya tahrike alenen tahrik edenlerin para veya bir aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı*” belirtilmiştir<sup>37</sup>.

1867’de Kuzey Alman Devletler Birliği’nin kurulması ile beraber bütün Almanya’yı kapsayan ceza kanunu yapma ihtiyacı doğmuş ve bu çerçevede 1869’da ilk ceza kanunu taslağı yapılmış, bu taslakta inceleme konumuz olan suç tipi ile ilgili olarak Prusya Ceza Kanununun 100. maddesindeki hüküm 112. maddeye alınmış ve “*Her kim kamu barışını tehlikeye sokacak tarzda halkın çeşitli sınıflarını birbirine karşı düşmanlığa alenen tahrike yeltenirse para cezası ya da iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü getirilmiştir. Aynı yıl yapılan ikinci taslakta ise 112. maddede yer alan “tahrike yeltenirse” ibaresi “tahrik ederse” şeklinde değiştirilmiştir. 1870 yılındaki üçüncü kanun taslağında yapılan değişiklik ile “*Her kim kamu barışını tehlikeye sokacak tarzda halkın çeşitli sınıflarını birbirine karşı şiddete alenen tahrik ederse iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü getirilmiş ve taslak metin bu haliyle 31 Mayıs 1870 tarihli Kuzey Alman Devletler Birliği Ceza Kanununun 130. paragrafına girmiştir<sup>38</sup>.

## E. 20. Yüzyıl

20. yüzyılda, İtalya’da tahrik kavramına bakıldığında 1930 İtalyan Ceza Kanununun 415. maddesinde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, kanunlara itaatsizlik suçu ile birlikte düzenlenmiş ve “sosyal sınıflar arasında düşmanlığa aleni tahrik”

<sup>35</sup> Bayraktar, s.51.

<sup>36</sup> Gökçen, s.34.

<sup>37</sup> **Ibid.**

<sup>38</sup> **Ibid.**

cezalandırılmıştır<sup>39</sup>. 1930 İtalyan Ceza Kanununun 415. maddesinde sınıflar arasındaki düşmanlık telkinin “toplumun sükunu” için tehlikeli olması şartı yer almamış olmamasına rağmen, 1930 kanunun vekalet raporunda da belirtildiği gibi bu değişiklik suçun anlamını değiştirmemektedir. Çünkü toplum düzenini bozmayacak, hukuk dışı sayılmayacak bir telkinin suç sayılmayacağı açıktır<sup>40</sup>.

Almanya’da suç tipinin değişiminde ise 1. Dünya Savaşının izleri görülmektedir. Almanya’nın 1. Dünya Savaşında yenilmesinin ardından batı müttefik devletleri Alman devlet ve hükümetinin otokratik ve monarşik yönetim biçimini değiştirmek amacıyla teşebbüste bulunarak savaşı önleyen, hakları garanti eden bir demokratik federal cumhuriyet ve ikilli güç ayırımına sahip hükümet kurmuştur. Bu dönemdeki ceza kanunun sosyal sınıf mücadelesine tahrik başlıklı 130. paragrafında da “*Her kim kamu barışını tehlikeye sokacak tarzda halkın çeşitli sınıflarını birbirine karşı şiddete alenen tahrik ederse 600 mark para cezası ile veya iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmü yer almıştır<sup>41</sup>.

Weimar Cumhuriyetinin sonunu getiren, başkana anayasayı ve anayasadaki hakları korumasını gerektiren bir durum ortaya çıktığında kanun yapma yetkisini veren intihar hükmü diyebileceğimiz anayasanın 48. maddesinin bulunması sebebi ile, parlamentonun gücü ve rolünün güçler ayrılığı ilkesini zayıflamış ve demokrasinin temelleri sarsılmıştır. Weimar Cumhuriyetinin çöküşünün ardından Hitler’in Nasyonal Sosyalizm ideolojisi ile beraber aşırı sağ eğilim de yükselmiş, Üçüncü Reich dönemi denen bu dönemde Anayasa yapılmamış ve Nazi felsefisi benimsenerek “tüm yasaların devlet lehine ve Führer’in üstünlüğüne göre olacağı” benimsenerek demokratik düzende gerekli olan eşitlik, bireysellik ve liberalizm hiçe sayılmıştır. Bireyin haklarını yok etmek amacıyla Nasyonal Sosyalizm’in “*Bazıları diğerlerinden daha fazla hakka sahiptir.*” görüşü dile getirilmiş ve bu husus 1945 öncesi Yüksek Mahkeme tarafından benimsenmiştir. Bu görüşün dile getirilmesi ve Yüksek Mahkeme gibi diğer makamlarca da onaylanmasının ardından insanlar tarafından da, bazılarının özellikle de Yahudilerin haklarının daha az olduğu görüşü kabul edilmiş ve bu kabulden yola çıkılarak kimi kişi gruplarına zulmedilmiştir. Açıklanan görüşlerin sonuçları sebebiyle Almanya 2. Dünya Savaşının ardından

<sup>39</sup> Erol Cihan, “Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312)”, **İÜHFİM**, C.XL, Sayı: 1-4 İstanbul, 1974 s. 99.

<sup>40</sup> Özek, s. 30.

<sup>41</sup> Charles Lewis Nier, “Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany”, **Dickinson Journal of International Law**, Vol. 13, 1994-1995 s. 248.

Anayasal düzenlemelere gitmenin yanı sıra 15 Mayıs 1871 tarihli Ceza Kanununa nasyonal sosyalizme karşı yeni kanun hükümleri getirilmiştir<sup>42</sup>.

Bugün de yürürlükte olan 15 Mayıs 1871 tarihli Ceza Kanununda, 1959 yılının sonlarına doğru Yahudi Mezarlığına yapılan saldırılarla başlayan Nazizm yanlısı olaylarla beraber 30 Haziran 1960 tarihinde 130. paragrafta değişikliğe gidilmiş ve 1994 yılına kadar yürürlükte kalan madde şu hali almıştır:

*“Her kim kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde;*

- 1. toplumun bir kesimine karşı kin ve nefrete kıskırtmak veya*
- 2. toplumun bir kesimine karşı kuvvet kullanmaya veya keyfi muamelede bulunmaya tahrik etmek ya da*
- 3. toplumun bir kesimine sövmek, aşağılamak veya iftira etmek suretiyle insan haysiyetine tecavüz ederse; üç aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.”<sup>43</sup>*

Yabancılara karşı düşmanlık eğilimlerindeki artış ve 1994 başından itibaren meydana gelen olaylara tepki olarak 4 Kasım 1994 tarihinde Cürümle Mücadele Kanunu çıkarılmış ve suçun tanımı değiştirilerek uygulama alanı genişletilmiştir<sup>44</sup>.

### **III. ULUSLARARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATLARDA DÜZENLEMELER**

#### **A. Genel Olarak**

Devletlerin insan hakları alanında, negatif yükümlülük kapsamında insan haklarına saygı göstermek ve korumak, pozitif yükümlülük kapsamında ise insan haklarını yerine getirmek ve geliştirmek görevi bulunmaktadır. Devletin bu yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla uluslararası belgeler oluşturulmuştur.

Uluslararası belgelerde tez konumuzu teşkil eden “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçuyla ilgili doğrudan düzenlemelere rastlanılmamış olsa da nefret söylemi ve ayrımcılığın önlenmesi ile ifade özgürlüğü ve vicdan özgürlüğünün sağlanması bağlamında oluşturulmuş düzenlemeler suçun ulusal mevzuatlarda yer almasına büyük katkı sağlamaktadır. Suçun yasal kapsamının oluşturulmasında uluslararası

<sup>42</sup> Nier, s. 248.

<sup>43</sup> Gökçen, s. 35.

<sup>44</sup> **Ibid.**, s. 36.

girişimler sonucunda oluşturulan metinler önemli ölçüde yol gösterici olmuştur. Söz konusu uluslararası girişimlerin bir kısmı tavsiye niteliğinde olup bir kısmı ise taraf ülkelere yükümlülük getiren düzenlemelerdir. Tavsiyede bulunan ya da yükümlülük getiren nitelikteki düzenlemeler, ülkelerin kabul edecekleri yasal mevzuatlar ve tedbirler konusunda asgari standartlar sağlamaktadır.

Bu bölümde “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçunu düzenlemeyen fakat ilgilendiren sözleşmeler ve tavsiye kararları niteliğindeki uluslararası ve bölgesel düzenlemelere yer verilecektir.

## **B. Uluslararası ve Bölgesel Düzenlemeler**

“Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçuna ya da buna benzer nitelikteki nefret söylemi içerikli suçlara birçok ülkede rastlanılmaktadır. Bu suçların önlenmesi amacıyla yapılan uluslararası ve bölgesel düzenlemelerin bir kısmı kişilerin ve grupların bu tip suçlara maruz kalmasını önleme amacını güderken bir kısmı ise ulusal mevzuatlarda düzenlenen bu suç tipinin ifade özgürlüğünü kısıtlama boyutuna ulaşmasını önlemek amacını güder.

Konumuz kapsamında getirilmiş uluslararası ve bölgesel düzenlemelerden özellikle Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bünyesinde hazırlanmış olan sözleşmeler ve sözleşmelere bağlı organlar tarafından alınmış kararlara değinilecektir.

### **1. Birleşmiş Milletler**

#### **a) Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi**

##### **(1) Sözleşme**

1947 yılında BM İnsan Hakları Komisyonunun Sözleşme Hazırlama Komitesi tarafından başlatılan ve ağırlıklı olarak, İnsan Hakları Komisyonu ile BM Genel Kurulunun Üçüncü Komitesinin yürüttüğü bu sözleşmenin hazırlık çalışmaları ancak, Sözleşmenin Kabul edildiği 1966 yılında üzerinde uzlaşmaya varılan bir metinle sonuçlanabilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde Newyork'ta imzaya açılmıştır. Sözleşmenin 49. maddesine göre Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine 35 onay veya katılma belgesinin tevdi edilmesinin ardından 3 ay sonra sözleşmenin yürürlüğe



girmesi kabul edilmiştir; bu sebeple yürürlüğe giriş tarihi 23 Mart 1976'dır. Son tarih itibarıyla sözleşmeye taraf devlet sayısı 167 olup, 74 devlet sadece sözleşmenin imzacısı konumundadır. Türkiye sözleşmeyi 15 Ağustos 2003 tarihinde imzalamış ve 15 Eylül 2003 tarihinde depo etmiştir; bu nedenle sözleşmenin 49/2. maddesi itibarıyla sözleşmenin yürürlük tarihi 15 Aralık 2003'tür<sup>45</sup>.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 53 maddeden oluşmakta olup Başlangıç bölümünde BM şartına ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisine atıfta bulunmaktadır. Bu sözleşme ile taraf devletler, hiçbir temelde ayırım yapmaksızın egemenlik yetkisine tabi tüm bireyler bakımından, sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve bunları güvence altına almayı, iç hukuklarını sözleşme standartlarına uyumlu hale getirmeyi üstlenmişlerdir. Taraf devletler ayrıca hakları ihlal edilen kişilere etkili ve işleyen nitelikteki hukuk yollarını temin etmeyi de üstlenmiştir. Sözleşmenin 6 ila 27. maddeleri arasında ise bir dizi klasik hak düzenlenmiştir.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6 ila 27. maddeleri arasında yer alan hükümler eşitliği ve ayrımcılık karşıtlığını önemle vurgulayan siyasi hakları içermektedir. Bu sözleşmede yer alan özellikle üç madde kine/düşmanlığa tahrik suçu da dahil olmak üzere ifade özgürlüğünün kısıtlanma şartlarını ve ön yargı-eğilimli suçları içermektedir.

Sözleşmenin 20/2. maddesine göre "*Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır.*" Bu madde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da içerisinde yer aldığı nefret söylemi içerikli davranışları yasaklamaktadır. Sözleşmenin 20/2. maddesi, 5/1. maddesi ile desteklenerek "*Bu Sözleşmenin hiç bir hükmü, bir Devlete, gruba veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin tahribini amaçlayan bir faaliyete katılma veya tasarrufta bulunma hakkı tanıdığı veya hak ve özgürlüklerin bu Sözleşmede belirtildiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına imkan verdiği şekilde yorumlanamaz.*" hükmü getirilmiştir. 20/2. maddesinin ve 5/1. maddesinin birbirini tamamlaması ile sözleşme kapsamında hiçbir devletin, grubun ya da kişinin ön yargılı etkinliklerde bulunamayacağı; bu şekilde davranışın sözleşmenin birçok maddesini ihlal edeceği belirtilmiştir.

<sup>45</sup> "UN International Covenant on Civil and Political Rights". (Sözleşmeyi imzalayan ve onaylayan devletler için [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en)) "Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi" olarak anılmıştır.

Nefret söylemi ve bu bağlamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, ifade özgürlüğünün sınırlanması kapsamında da yer almaktadır. Sözleşmenin 19. maddesi buna yönelik düzenlemeleri içermektedir: “1. *Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.*

2. *Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşüncüyü arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.*” Fakat maddenin 3. fıkrasında da belirtildiği gibi bu hak beraberinde bir takım ödev ve sorumlulukları da getirir. Bu sebeple bu hak 3. fıkrada da belirtildiği gibi a) Başkalarının haklarına ve itibarlarına saygı ve b) Ulusal güvenliği, kamu düzenini, sağlığı ya da ahlaki koruma amacıyla sınırlanabilir. 19, 20 ve 5 maddelerin terkihiyle ön yargı eğilimli suçları oluşturan eylemler yasaklanmıştır. Buna ek olarak bu hükümler kine/düşmanlığa tahriki yasaklamakta ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilceği durumları bildirerek ülkelere ırkçı söylemleri yasaklayabilme izni vermektedir<sup>46</sup>.

Bu hükümlerin önemi 2. madde ile vurgulanarak, Sözleşme tarafı devletler için yükümlülük öngörülmüştür. Sözleşmenin 2/1. maddesine göre “*Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.*”

Maddeye 2. fıkra da eklenerek “*Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler.*” denmiştir. Sözleşmenin 2. maddesine göre taraf devletler sözleşmeyi onaylamasının ardından sözleşmenin hükümlerini uygulayacak zorunlu adımları atarak gerekli düzenlemeleri yapmalıdırlar. Esas itibarıyla sözleşme tarafları halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu gibi nefret söylemi içerikli suçların

---

<sup>46</sup> Nier, s. 274.

işlenmemesi için gerekli yasal düzenlemeleri yapmaya ve hayata geçirmeye çağırılmaktadır.

## (2) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararları

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 28. maddesine göre sözleşmede düzenlenen hakların ve özgürlüklerin uygulanmasını izlemek ve değerlendirmek ve tanınan hak ve özgürlüklere taraf devletlerin uymalarını sağlamak ve denetlemek üzere bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur.

İnsan Hakları Komitesi, sözleşmede tanınan haklara işlerlik kazandırmak üzere alınan önlemler ve bu hakların kullanılmasını etkinleştirmek için gerçekleştirilen işlemler hakkında, taraf devletlerin hazırlayacağı raporlar üzerinde çalışmak ve bu taraf devletlere, uygun göreceği şekilde, genel yorumlar hazırlayıp iletmek işlevi ile donatılmıştır. Genel yorum sunmanın yanı sıra sözleşmenin 41. maddesinde devletler arası şikayet başvurusu yolu da öngörülmüştür. 41. maddeye göre bu başvurunun yapılabilmesi için şikayeti yapacak olan taraf devletin komitenin bu tür şikayetleri kabul etme ve inceleme yetkisini tanıma beyanının da bulunması gerekmektedir. İkinci olarak aleyhine şikayette bulunulan devletin de komitenin bu tür şikayetleri kabul etme ve inceleme yetkisini tanıma beyanında bulunması gerekmektedir. Fakat bu düzenleme sadece teoride kalmış olup Türkiye tarafından da devletlerarası şikayet başvurusu usulü kabul edilmemiştir. Komiteye devletler arası şikayet başvurusu dışında yapılabilecek ikinci başvuru yolu ise bireysel başvuru şikayet yoludur. Bireysel şikayet başvurusu sözleşmenin kendisinde düzenlenmemiş, birinci seçmeli protokolle öngörülmüştür. Söz konusu seçmeli protokole taraf olmakla BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine taraf bir devlet, sözleşmenin kurduğu İnsan Hakları Komitesinin bireysel şikayet başvurularını alma ve inceleme yetkisini tanımaktadır. Türkiye bu seçmeli protokolü beyan ve çekince ilişik olarak onaylamıştır.

Tez konumuzu teşkil eden “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu ile bağlantılı olarak komitenin yukarıda açıklamasını yaptığımız şekilde yayınlanmış bulunan genel yorumları bulunmaktadır. İnsan Hakları Komitesi tarafından 29 Haziran 1983 tarihinde kabul edilen 10 Sayılı Genel Yorum’da ifade özgürlüğüne ilişkin olarak şu yoruma yer verilmiştir: “19/3. maddede ifade özgürlüğü hakkının kullanımının özel görev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği ve bu nedenle

*başka kişilerin veya bir bütün olarak toplumun çıkarlarını ilgilendiren durumlarda söz konusu hakkın belirli kısıtlamalara tabi tutulmasına izin verilebileceği açıkça vurgulanmaktadır.”<sup>47</sup> Belirttiğimiz genel yoruma göre “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu da başka kişilerin ya da toplumun çıkarlarını ilgilendiren bir suç kapsamına girmesi sebebiyle ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının nedenlerinden birini oluşturmaktadır.*

Komite tarafından 29 Temmuz 1983 tarihli genel yorumda savaş propagandası ve düşmanlığı savunma yasağı başlıklı 20. maddenin 19. madde ile arasındaki ilişki hakkında şu yoruma yer verilmiştir: *“Sözleşmenin 20. maddesi, her türlü savaş propagandası ve ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti kışkırtan her türlü ulusal, ırkçı veya dinsel nefret savunusunun kanunla yasaklanacağını belirtmektedir. Komitenin görüşüne göre talep edilen yasaklamalar, 19. maddede yer alan ve kullanımı özel görev ve sorumlulukları beraberinde getiren ifade özgürlüğü hakkı ile tam uyumludur. 1. fıkra kapsamında yer alan yasaklar, BM Sözleşmesine aykırı olacak şekilde saldırganlık tehdidi içeren veya saldırganlıkla veya barış koşullarının ihlal edilmesiyle sonuçlanan her türlü ulusal, ırkçı veya dinsel nefret savunusunu hedef almaktadır; propaganda veya savununun ilgili devlete içsel veya ona dışsal amaçlar taşıyıp taşımadığının bir önemi bulunmamaktadır. 20. maddenin tümüyle etkin hale gelebilmesi için bu maddede tanımlanan propaganda ve savununun kamu politikasına aykırı olduğunu kesin bir dille gösteren ve ihlal edilmesi durumunda uygun yaptırımları öngören bir yasanın mevcut olması gerekir.”<sup>48</sup> Getirilen bu yorumla ifade özgürlüğünün, düşmanlığı veya şiddeti kışkırtan her türlü ulusal, ırkçı veya dinsel nefret savunusuna ve bu bağlamda “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçuna yol açabilecek nefret söylemleri sebebiyle kısıtlanabileceği bir kez daha vurgulanarak, bu husus netlik kazanmıştır.*

İnsan Hakları Komitesi yukarıda açıklamasını yaptığımız şekilde birinci seçmeli protokole dayanarak yapılan bireysel şikayet başvurusu içerikli W.G Party v.

<sup>47</sup> “UN Human Rights Committee, General Comment No.10, Freedom of Expression (Art. 19), 2906.1983” paragraph 4” (Metin için bkz. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/2bb2f14bf558182ac12563ed0048df17?Opendocument>)

“Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 29 Haziran 1983 tarihli 10 Sayılı Genel Yorum” olarak anılmıştır.

<sup>48</sup> “ UN Human Rights Committee, General Comment No.11 Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20) : 29.07.1983 , paragraph 2”. (Metin için bkz. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/60dcfa23f32d3feac12563ed00491355?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/60dcfa23f32d3feac12563ed00491355?Opendocument)) “Birleşmiş Milletler Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 29 Temmuz 1983 tarihli 11 Sayılı Genel Yorum” olarak anılmıştır.

Kanada kararında ırkçı ve dini nefret içerikli ifadelerin açıkça savunulması ve yayılmasını konu bakımından ifade özgürlüğü kapsamında görmemiş ve Kanada'nın sözleşmenin 20. maddesine göre bu yöndeki ifadeleri yasaklamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Komite Ross v. Kanada kararında ise antisemitizm içeren ifadeleri kullanarak, Yahudi ve diğer azınlık gruplarına mensup öğrencilere yönelik ayrımcı muameleleri gerekçesi ile öğretmenlik görevinden başka bir göreve kaydırılan kişinin başvurusunda, başvuranın, ifadeleri nedeniyle işinden uzaklaştırılmasını, ifade özgürlüğü ile uyumlu bulmuştur. Komite 5. madde ile bağlantılı olarak verdiği M.A v. İtalya kararında ise faşist partinin yeniden kurulması yönünde çaba gösteren bir kişinin ceza yargılaması sonucunda mahkum edilmesi ardından yapılan başvuruyu 5. maddeye aykırı bularak reddetmiş ve ayrıca ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sebebinin teşkil ettiğini de belirtmiştir<sup>49</sup>.

Sonuç olarak sözleşme hükümlerine, İnsan Hakları Komitesinin Genel Yorum ve bireysel şikayet başvuruları sonucunda verilen kararlara bakıldığı zaman aralarında bir uyum olduğu ve hepsinin nefret söylemini engellemeye yönelik olduğu görülmektedir.

## **b) Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme**

### **(1) Sözleşme**

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesinin metni 21 Aralık 1965 tarihinde 2106 (XX) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı Uyarınca kabul edilmiştir, 7 Mart 1966 tarihinde New York'ta imzaya açılmıştır. Sözleşmenin 19. maddesinde 27. devletin onay veya katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmesinin ardından 30 gün sonra yürürlüğe gireceğinin belirtilmesi sebebiyle, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Son tarih itibarıyla sözleşmeye taraf devlet sayısı 175 olup, 86 imzacı devlet bulunmaktadır. Türkiye 19 Ekim 1972 tarihinde sözleşmeyi imzalamış ve 3 Nisan 2002 tarihinde onaylamıştır, onayın Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdiinden itibaren 30 gün

<sup>49</sup> **İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları**, der. Raija Hanski, Martin Scheinin, çev. Defne Orhun, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005, s.379-381.

geçmesinin ardından 16 Eylül 2002’de sözleşme Türkiye açısından da yürürlüğe girmiştir<sup>50</sup>.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ırk ayrımcılığı konusunda kapsamlı düzenlemeler öngörmektedir. Sözleşme, devletlerin taraf olduktan sonra ırkçı nefreti ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak için üstlenmeye karar verdikleri önlemleri belirler.

Sözleşme 25 maddeden oluşmaktadır ve başlangıç bölümünde BM Şartına ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisine atıfta bulunmaktadır. Sözleşmenin amacı ırklar arasında anlayış ortamını desteklemek ve her türlü ırkçı dışlamadan ve ırk ayrımcılığından arınmış bir uluslararası toplum inşa etmek amacıyla, ırk ayrımcılığının her şekil ve oluşumunu süratle ortadan kaldırmak için gerekli tüm önlemleri almaktır.

Sözleşmede yer alan aşağıda belirteceğimiz maddeler, nefret söyleminin ve dolayısıyla “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçunun önlenmesi amacıyla devletlere çeşitli yükümlülükler yükler.

Sözleşmenin 1. maddesinde ırk ayrımcılığı teriminin “*siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamında*” olduğu belirtilmiştir. Sözleşme BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesindeki gibi siyasi, medeni, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları düzenlemiştir. Bu haklar sözleşmenin 2. maddesinde yer alan, taraf devletlere ırk ayrımcılığını önleyici ve yasaklayıcı düzenlemeler yapma pozitif yükümlülüğünü getiren düzenleme ile desteklenmiştir. 2. maddede ayrıca bu düzenlemelerin farklı ırk grupları için eşit olmayan ve ayrı haklar sağlaması yasaklanmıştır. 2. maddede yer alan yükümlülük 4. maddeye bakıldığında büyük önem taşımaktadır. 4. maddeye göre “*Taraf Devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir*

<sup>50</sup> “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”. (Sözleşmeyi onaylayan ve imzalayan devletler için bkz. [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en)) “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” olarak anılmıştır.

*grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan ya da her ne şekilde olursa olsun ırkçı nefreti ve ayrımcılığı haklı çıkarmaya ya da yüceltmeye çalışan tüm propaganda ve tüm örgütleri kınarlar ve bu tür ayrımcılık faaliyetleri ile ayrımcılığı teşviki ortadan kaldırmaya yönelik acil ve olumlu önlemler almayı üstlenirler ve bu amaçla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan ilkelere ve bu Sözleşme'nin 5 inci maddesinde açıkça sıralanan haklara saygı göstermek kaydıyla, diğer önlemler arasında,*

*a) Irkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan edeceklerdir.*

*b) Irk ayrımcılığını destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklar ve bu tür örgütlere ya da faaliyetlere katılımı yasayla cezalandırılacak bir suç olarak ilan edeceklerdir.*

*c) Yerel veya ulusal kamu kurum ve yetkililerinin ırk ayrımcılığını desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir.”*

4. madde taraf devletlere kin/düşmanlığa tahrik eylemlerini ortadan kaldıracak kapsamlı yasal düzenlemeler yapma görevi yükler. Özellikle 4. maddenin (a) bendinde yer alan “*Irkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki*” suç olarak düzenleme yükümlülüğünün taraf devletlere yüklenmesi “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçunu doğrudan ilgilendirmekte ve taraf devletleri bu suç tipine ilişkin olarak düzenleme yapmaya yönlendirmektedir.

Sonuç olarak sözleşme ile taraf devletlere ırk ayrımcılığının ve nefret söyleminin önlenmesi yönünde düzenleme yapılması yükümlülüğü öngörülmüştür.

## **(2) Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi Kararları**

Sözleşmenin 8. maddesine göre Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi kurulması öngörülmüştür. Sözleşmeye taraf devletler sözleşmenin

düzenlemelerini ilgilendiren yasal, hukuki, idari ve diğer önlemler hakkında rapor verir ve bu raporlar üzerine komite öneri ve genel tavsiyelerde bulunur.

Komitenin öneri ve genel tavsiyelerde bulunmasının haricinde devletlerarası ve bireysel şikayet başvurularını da inceleme yetkisi bulunmaktadır.

Tez konumuzu teşkil eden “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu ile bağlantılı olarak komitenin yukarıda açıklamasını yaptığımız şekilde yayınlanmış bulunan genel yorumları bulunmaktadır. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi tarafından 23 Mart 1993 tarihinde kabul edilen 15 Sayılı Genel Tavsiye Kararı 4. maddeye ilişkin olarak şu açıklamada bulunmuştur: “*Komite 4. madde hükümlerinin zorunlu nitelikte olduğunu açıkladığı VII sayılı Genel Tavsiye Kararını hatırlatır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla taraf devletler yalnızca uygun mevzuatı çıkarmak değil, aynı zamanda onun etkin şekilde uygulanmasını da sağlamak zorundadırlar. Irkçı şiddet tehdit ve eylemleri kolayca benzer başka eylemlere yol açtıkları ve bir düşmanlık havasının oluşmasına neden oldukları için, etkin yanıt verme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ancak acil müdahale ile mümkündür.*

*Komite'nin görüşüne göre ırkçı üstünlük veya nefret duygusuna dayalı her türlü fikrin yayılmasının yasaklanması, düşünce ve ifade özgürlüğüyle uyumludur. Bu hak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 19. maddesinde düzenlenmiş olup Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'ye ait madde 5 (d) (vii)'de hatırlatılmaktadır. Bu hakkın 4. madde ile olan ilişkisi bu maddede açıklanmaktadır. Yurttaşların bu hakkı kullanmaları, Evrensel Beyanname'nin 29/2. maddesinde belirtilen özel görev ve sorumlulukları da beraberinde getirmektedir ki bu görev ve sorumluluklar arasında ırkçı fikirlerin yayılmaması yükümlülüğü özellikle önemlidir.”<sup>51</sup>*

Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi tarafından 1 Ekim 2004 tarihinde kabul edilen 30 sayılı tavsiye kararı yurttaş olmayanlara karşı ayrımcılıkla ilgilidir. Bu karara göre ise: “*Yurttaş olmayanları hedef alan yabancı düşmanı tutum*

<sup>51</sup> “UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 15, Organized violence based on ethnic origin (Art. 4), 23.03.1993”. (Tavsiye kararı metni için bkz. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e51277010496eb2cc12563ee004b9768?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e51277010496eb2cc12563ee004b9768?Opendocument)) “Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 23 Mart 1993 tarihli 15 sayılı Genel Tavsiye Kararı” olarak anılmıştır.



*ve davranışlarla, özellikle de ırkçı nefretin ve şiddetin kışkırtılmasıyla mücadele etmek ve ayrımcılık yapmama ilkesinin yurttaş olmayanlar bağlamında daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla tedbirler alınmasını; yurttaş olmayan nüfusun özellikle politikacılar, resmi görevliler ve eğitimciler ve medya tarafından internet üzerinde veya başka elektronik iletişim ağlarında ve genel olarak toplum içinde ırk, renk, soy, ulusal veya etnik köken temelinde hedefe yerleştirilmesine, damgalanmasına, onlara dair kalıp yargılar oluşturulması veya dikkatlerin üzerlerine çekilmesine yönelik her türlü eğilimi engellemek için kararlı adımlar alınmasını tavsiye etmektedir.”<sup>52</sup>*

Bahsettiğimiz tavsiye kararlarında ırkçı nefreti ve şiddeti kışkırtacak ifadelerin kısıtlanması öngörülmüş ve bunun yanı sıra taraf devletlerin bu konuda düzenlemeler yapması da tavsiye edilmiştir.

Komitenin ırkçı nefreti ve şiddeti kışkırtacak ifadelerin kısıtlanmasını öngördüğü tavsiye kararlarının yanı sıra düzenlemenin ancak uygulama ile işe yarayacağını vurgulayan bireysel başvuru sonucu alınmış kararları da mevcuttur. L.K v. Hollanda kararında, ırkçı nefreti ve ayrımcılığı önleyici yasal düzenlemelerin tek başına yeterli olmadığı ve bu düzenlemelerin etkili bir şekilde uygulanması gerektiği ifade edilerek ırkçı şiddete yönelik tehditler söz konusu olduğunda ve bu tehditlerin özellikle kamuya yönelik olarak açık biçimde ve bir grup tarafından gerçekleştirildiği durumda devletlerin bu konuyu gerekli özeni göstererek soruşturmak durumunda olduğu da belirtilmiştir. The Jewish Community of Oslo ve Diğerleri v. Norveç kararında ise Nazi ideolojisini öven ifadelerin ırksal üstünlüğe veya nefrete dayandığı, Hitler’e ve onun ilkelerine yapılan gönderme ve onun izinde olmaya dair vurguların ırk ayrımcılığına tahrik olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek ırkçı ve nefretçi içerikli ifadelerin ifade özgürlüğü açısından diğer ifadelere nazaran daha düşük bir koruma göreceği, bir ırkın üstünlüğüne veya nefrete dayalı düşüncelerin ifade özgürlüğüyle bağdaşmayacağı ve belirtilen ifadeleri kullanan

---

<sup>52</sup> “UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No.30, Discrimination Against Non Citizens, 01.10.2004”. ( Tavsiye kararı metni için bkz. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d?Opendocument) )  
 “İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin 1 Ekim 2004 tarihli 30 sayılı Genel Tavsiye Kararı” olarak anılmıştır.

kişilerin cezalandırılmamış olmasının sözleşmenin 4. maddesinin ihlali anlamına geleceği belirtilmiştir<sup>53</sup>.

## 2. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri

### a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

#### (1) Sözleşme

Avrupa Konseyine üye devletlerin dışişleri bakanları tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanıp 10 devletin onaylamasının ardından, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa Konseyi içinde insan hakları belgesi üretilmesi sürecinin temelini ve ilk halkasını oluşturmaktadır. Sözleşmenin 47 taraf devleti bulunmakta olup, imza atmış fakat sözleşmeyi onaylamamış devlet ise bulunmamaktadır. Türkiye AİHS'e imzaya açıldığı 4 Kasım 1950 tarihinde imza koymuş, 18 Mayıs 1954 tarihinden itibaren de sözleşme yürürlüğe girmiştir<sup>54</sup>.

Başlangıç kısmını izleyen beş ana bölüm altında toplam 66 madde içeren sözleşme'de düzenlenen haklar ve özgürlükler esas olarak birinci kuşak haklara ilişkin olup 2 ila 14. maddesi arasında haklar yer almaktadır.

İfade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddeye “*Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.*” hükmü getirilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına ise “*Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara*

<sup>53</sup> Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der. Yasemin İnceoğlu, 1. Basım, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 91.

<sup>54</sup> “European Convention on Human Rights”. (Sözleşmeyi onaylayan ve imzalayan devletler için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=16/09/2012&CL=ENG>) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” olarak anılmıştır.

*bağlanabilir.*” hükmü getirilerek ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

Konumuzla ilgili bir başka hüküm ise 17. maddede düzenlenen hakların kötüye kullanılması yasağıdır. Bu maddeye göre “*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.*”

AİHS’te yer alan her iki maddeye göre taraf devletlerin “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu yönünde düzenleme yapması sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır.

## (2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları

10/1. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü devletin müdahalesi olmadan fikre sahip olmayı, bilgi edinmeyi ve bilgiyi paylaşma şeklinde geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Resimler, kitaplar, filmler, röportajlar gibi tüm ifade biçimleri ifade özgürlüğü kapsamına girmektedir.

Handyside v. Birleşik Krallık davasında mahkeme 10. madde ile korunan hakkın önemini vurgulamış ve bu hakkın demokratik toplumun temel kaynaklarından birini, her kişinin gelişimi ve ilerlemesi için temel şartlardan biri olduğunu belirtmiştir. Handyside v. UK davasında da belirtildiği üzere “*10. madde ile korunan hak sadece zararsız ve tarafsız olarak kabul edilen ya da sayılan bilgi ve fikirleri değil, aynı zamanda aykırı, şok edici, devleti veya nüfusun bir kısmını rahatsız edici fikirleri de kapsamaktadır. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi unsurlar bulunmadıkça demokratik toplumdaki söz edilemez.*”<sup>55</sup>

10/2. maddede ve mahkemenin içtihatlarında da belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü özellikle kitle iletişim aracılığı söz konusu olunca, güçlü bir araçtır, bu

<sup>55</sup> Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 7 Aralık 1976, paragraf 48 (Karar metni için bkz. [\)](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

yüzden den bir kısım görevler ve sorumluklar yüklemektedir. İfade özgürlüğünü korumak demokrasinin gelişimi, kötüye kullanmaların ortaya çıkması, politik, sanatsal, bilimsel ve ticari ilerlemenin sağlanması için büyük önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra ifade özgürlüğünün şiddeti kışkırtmak, düşmanlığı/nefreti yaymak, kişilerin mahremiyetine ve güvenliğine tecavüz etmek şeklinde kötüye kullanılması da mümkündür. Mahkemenin içtihatları da bu yarışan hakların arasında bir denge sağlamayı amaçlamaktadır<sup>56</sup>.

Mahkeme nelerin ifade özgürlüğü ihlali oluşturacağına ilişkin geniş bir bakış açısına sahiptir. Bunlardan en belirgin olanını ise yayını durdurma veya yayınlanmış materyallerin sansürlenmesi oluşturmaktadır olup, cezaların, sınırlandırmaların, şartların ve formalitelerin onaylanır olduğunu kabul etmiştir. Cezaları, cezai yaptırımlar olabileceği gibi, tazminat, disiplin cezaları kapsamaktadır<sup>57</sup>.

AİHS'in 8,9,10 ve 11. maddelerinin 2. paragrafı, devletlere 1. paragraftaki hakları, ikinci paragraftaki sebeplerle sınırlı olmak üzere, kanun ile tanımlanmış şekilde ve belirtilen amaçlara uygun olarak demokratik bir toplumda zorunlu olması şartı ile sınırlandırılabilir hakkını tanımıştır.

2. paragrafta belirtilen kamu yararı ve bireysel haklar söz konusu olunca 10. maddenin sınırlandırılması kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra taraf devletler ifade özgürlüğünü bir amaca göre sınırlandırırken ve bu sınırlamanın şeklini belirlerken takdir payına sahiptir. Mahkemenin Handyside kararında da belirttiği üzere her bir prosedür, şart, sınırlama veya ceza izlenen yasal amaç ile orantılı olmak zorundadır<sup>58</sup>.

Diğer taraftan, denge sağlanması bakımından, kısıtlama ile izlenen amacın öneminin ağırlığı dikkate alınmalı ve buna göre ifade özgürlüğü kısıtlanmalıdır. Mahkeme, sözleşmenin başlangıcında yer alan etkili siyasi demokrasinin sağlanması ve insan haklarına saygı için ifade özgürlüğünün tek başına önemli olmadığını fakat diğer hakların korunması yönünden ise merkezi bir rolü olduğunu kabul etmektedir. Böylece mahkeme en geniş anlamda, yayınlara, sosyal ve siyasi tartışmalara, eleştiri

---

<sup>56</sup> Clare Ovey and Robin White, **The European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2006, s. 318.

<sup>57</sup> **Ibid.**, s. 319.

<sup>58</sup> Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, Karar Tarihi 7 Aralık 1976, paragraf 48.

ve bilgilere yüksek koruma sağlamaktadır. Sanatsal ve ticari ifadeler bakımından ise daha düşük seviyede bir koruma öngörmektedir<sup>59</sup>.

Mahkeme taşımış oldukları tehlike sebebi ile öncelikle ifade üzerindeki sınırlamaları dikkatle incelemektedir. Bazı sınırlamalar, kötüye kullanmalara karşı bir koruma sağlamaktadır. Örneğin, yasağın kapsamı sıkı çerçeve içerisindeki yasal kurallarla düzenlenmiş ve kötüye kullanmanın önlenmesi amacı ile yargısal denetimin etkinliği sağlanmışsa, bir yayın üzerindeki yasak ve gazetenin dağıtımının sınırlanması sözleşme ile uyumlu olabilmektedir<sup>60</sup>.

Mahkeme, görsel ve işitsel medyanın yazılı medyadan daha ani ve etkili olduğunu düşünerek, görsel ve işitsel medyanın daha yüksek zarar potansiyeli yaratmasına binaen bu alandaki sınırlamaların daha kısıtlayıcı olabileceğini kabul etmektedir<sup>61</sup>.

Mahkeme, uygulamada hoşgörüsüzlüğe dayanan nefretin/düşmanlığın yayılması, kışkırtılması, onaylanması durumları ile nefret söylemi oluşturan somut ifadeler arasında açık bir fark belirlememiştir. Mahkeme, şiddeti ve nefreti kışkırtan ifadeleri içeren şikayetlerin kabul edilebilir olmaması durumunda 10. maddenin ikinci fıkrasını ya da 17. maddeyi gerekçe olarak kullanmıştır.

Bir ifadenin kışkırtma/ tahrik oluşturup oluşturmadığını belirlemek önem taşımaktadır. Jersild v. Danimarka davasında, mahkemeye Danimarka'daki göçmenlere ve etnik topluluklara ilişkin aşağılayıcı açıklamalarda bulunan “*Yeşil Ceketliler*” adlı bir topluluğun üyeleri ile gerçekleştirdiği röportajı radyoda yayınlayan bir gazeteci tarafından başvuru yapılmıştır. Yayın sırasında “*Bir zenci insan değildir, bir hayvandır, bu diğer bütün yabancı işçileri, Türkleri, Yugoslavları, ve her nasıl adlandırılıyorsa diğerlerini de kapsar.*” gibi ifadeleri kullanması sebebi ile başvuran, Yeşil Ceketlileri ırkçı görüşlerini beyan etmeye teşvik etmesi ve bunları dengeleyecek herhangi bir karşı görüş olmaksızın yayınlaması nedeni ile Danimarka Yasaları tarafından sorumlu bulunmuş ve bu karar temyiz mercii tarafından onaylanmıştır. Mahkeme vermiş olduğu kararda röportajın ırkçı görüşlerin

<sup>59</sup> Ovey, White, s. 320.

<sup>60</sup> Çetin and Others v. Turkey Başvuru No. 40153/98, 40160/98, Karar Tarihi: 13 Şubat 2003 (Kararı aktaran Ovey, White, s. 320).

<sup>61</sup> Murphy v. Ireland Başvuru No:44179/98, Karar Tarihi: 10 Temmuz 2003, paragraf 74 (Kararı aktaran Ovey, White, s. 320).

propagasını taşımadığını belirtmiş, buna rağmen ortada bir kamusal yarar sorunu olduğuna da kabul etmiştir. Fakat mahkeme yayının ciddi bir Danimarka haber programının parçası olduğunu belirtmiş ve tahsilli bir izleyici kitlesine hitap ettiğine işaret etmiştir. Mahkeme tarafından, tüm bu unsurlar dikkate alındığında, yayımlayanlara karşı uygulanan cezanın demokratik bir toplum için zorunlu olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>62</sup>.

Mahkeme, Norwood v. Birleşik Krallık davasında 17. maddeyi ilk kez Müslüman bir topluluğu hedef alan bir saldırı bağlamında kullanmıştır. Mahkemeye gelen davada başvuru sahibi, penceresine BNP'nin (İngiliz Ulusal Partisi) büyükçe bir posterini asmaktan dolayı hüküm giymiştir; posterde İkiz Kuleler'in alevler içindeki bir fotoğrafı ve "İslam İngiltere'den Dışarı – İngiliz Halkını Koruyun" sözleri ile yasaklama işareti ile üstü çizilmiş bir ay yıldız simgesi yer almaktadır. Mahkeme, "Bir dini grubun tamamının ölümcül bir terörist eylemle bağlantılandırılması ve böylece söz konusu dini gruba böylesine genel ve şiddetli bir saldırıda bulunulması, sözleşmede ilan edilen ve güvence altına alınan değerlerle, özellikle de hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yapmama ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Başvuru sahibinin bu posterini penceresine asmaya, 17. madde kapsamına giren bir eylem oluşturmuştur. Bu nedenle de 10 ve 14. maddenin koruma kapsamından faydalanamamıştır." Başvuru daha sonra, konu bakımından sözleşme hükümleri ile bağdaşmaz bulunduğu için mahkeme tarafından reddedilmiştir<sup>63</sup>.

Mahkeme Sürek/ Türkiye davasında "Mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle durmuş, bağlam açısından, kendisine sunulan davaların tarihçelerine, özellikle terörizmin engellenmesine ilişkin sorunları dikkate almıştır. (bkz. yukarıda belirtilen İncal - Türkiye kararı, s. 1568, 58. Madde). Mahkeme ilk olarak, "katliam", "zulüm" ve "cinayet" gibi göndermelerin yanı sıra, "Faşist Türk ordusu", "TC cinayet çetesi" ve "emperyalizmin kiralık katilleri" gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kanaatine

<sup>62</sup> Jersild v. Denmark, Başvuru No:15890/89 Karar Tarihi: 23 Eylül 1994 (Karar metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"languageisocode\":\"ENG\"},\"appno\":\"15890/89\"},\"documentcollectionid\":\"CHAMBER\",\"COMMITTEE\",\"DECISIONS\",\"COMMUNICATEDCASES\",\"CLIN\",\"ADVISORYOPINIONS\",\"REPORTS\",\"RESOLUTIONS\"},\"itemid\":\"001-57891\"}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)).

<sup>63</sup> Norwood v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 23131/03, Karar Tarihi: 16 Kasım 2004 (Kararı aktaran Anne Weber, *Nefret Söylemi El Kitabı*, Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, s. 27).

*göre söz konusu mektupları, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyarguların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirmiştir. Ayrıca, mektupların 1985'ten bu yana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmıştır. (bkz. yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, Madde 10). Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvuranın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur. Ayrıca "Suç Bizim" başlıklı mektubun kişileri isimleri ile tanımlayarak, bunlara karşı olan nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıdaki paragraf 11). Mahkeme bu açıdan, yetkililer tarafından Devletin toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin vurgulandığı başvuranın mahkumiyetine ilişkin nedenleri, başvuranın ifade özgürlüğü aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, "bilgi" ve "görüşlerin" sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 58). Mevcut davada söz konusu olan nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir." yönünde görüşte bulunmuş ve yerel otoritelerin bir gruba karşı nefretin kışkırtılması durumunda müdahalede bulunabileceğini belirtmiştir<sup>64</sup>.*

Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, AİHM nefret söylemi ve bu bağlamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kapsamına giren eylemler bakımından taraf devletleri tarafından yapılan sınırlamaları 10. maddeye aykırılık olarak kabul etmemiş, bu eylemlerin 17. maddeye göre hakkın kötüye kullanması çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir. AİHM ayrıca taraf devletler tarafından getirilen kısıtlamaların kanuni düzenleme ile yapılmasına, getirilen sınırlamanın meşru bir amaç taşımaya, demokratik bir toplum için gereklilik arz etmesine ve tüm bu

<sup>64</sup> Sürek v. Turkey Başvuru No 26682/95, Karar Tarihi: 8 Temmuz 1999, p.60 (Kararı aktaran Şule Özsoy, **Measuring Compatibility with the European Convention On Human Rights: Turkish Example in the Free Speech Context**, 1st Edition, Istanbul: Galatasaray University Publications, 2006, s. 119).

hususların yanı sıra kanunilik ilkesine göre verilen cezanın izlenen meşru amaçla orantılı olmasına işaret etmiştir.

### **b) Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı**

Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi sistemi içinde üretilen insan hakları sözleşmesi kapsamında, sosyal haklar özelinde ilk olarak 18 Ekim 1961 tarihinde Torino’da imzaya açılmış ve 26 Şubat 1965’te 5 devletin onayı ile yürürlüğe girmiştir. Bu tarihe kadar Avrupa Sosyal Şartına taraf devlet sayısı 27’ye ulaşmıştır. 5 devlet ise sözleşmeyi imzalamış fakat onay işlemini gerçekleştirmemiştir. Taraf devlet sayısının bu kadar sınırlı kalmasının sebebi Avrupa Konseyine üye her devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olma mecburiyeti bulunmasına rağmen bu mecburiyetin Avrupa Sosyal Şartında bulunmamasıdır. Avrupa Sosyal Şartı 24 Aralık 1989 tarihinden itibaren Türkiye’de yürürlüğe girmiştir<sup>65</sup>.

Avrupa Sosyal Şartı Avrupa Konseyi düzeyinde sosyal hakları içeren ilk temel belgedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi birinci kuşak haklar denilen temel hakları güvence altına alırken, ikinci kuşak haklar denilen sosyal ve ekonomik hakları Avrupa Sosyal Şartı güvence altına almıştır.

Avrupa Sosyal Şartı beş ana bölüm altında toplam 38 madde ve Ek’ten oluşmaktadır. Bölüm I ‘de haklar ve ilkelere ilişkin 19 bent halinde bir listeye yer verilmiştir. Hakların ayrıntılı dökümüne ise Bölüm II’de yer verilmiştir. Bölüm II’de 19 adet hak yer almakta olup taraf devletler bu yükümlülükler uymanın yanı sıra rapor sunmakla da yükümlüdürler. Bu raporlar Bağımsız Uzmanlar Komitesi, her bir taraf devlet temsilcilerinden oluşan Hükümetler Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından sırasıyla incelenir ve değerlendirilir.

Avrupa Sosyal Şartı dönem dönem konulan ek protokollerle zenginleştirilmiştir. Bu protokollerden ilki 4 Eylül 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. “Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokol” toplam 12 madde ve bir Ek’ten oluşmaktadır. Avrupa Sosyal Haklar Şartına dört yeni hak bu ek protokolle eklenmiştir.

<sup>65</sup> “European Social Charter”. (Şartı imzalayan ve onaylayan devletler için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=035&CM=8&DF=16/09/2012&CL=ENG>) “Avrupa Sosyal Şartı” olarak anılmıştır.



“Avrupa Sosyal Şartında Değişiklik Öngören Protokol” ise halen yürürlüğe girmemiş olup denetim ve gözetim sisteminde değişiklik öngörmektedir. Avrupa Sosyal Şartı kapsamında yer alan bir diğer protokol ise “Avrupa Sosyal Şartı’nın Toplu Şikayet Sistemi Öngören Ek Protokolü”dür. Söz konusu protokol raporların incelenmesi şeklindeki mevcut usulü saklı tutmakta; ancak buna şartın ihlali iddialarını içeren toplu şikayet usulünü de eklemektedir Toplu şikayet sistemini öngören protokole Türkiye taraf değildir.

Daha sonra gelen aşamada ise Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 3 Mayıs 1996 yılında yeniden oluşturulmuş ve imzaya açılmıştır, 3 devletin onayının ardından 1 Temmuz 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyi üyesi devletlerden 32’si şarta taraftır, 13 devlet ise imzalamış fakat henüz onaylamamıştır. (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’na Türkiye için 1 Ağustos 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>66</sup>.

“Şart ile güvence altına alınan sosyal ve ekonomik hakların koruma alanını genişletmek için yeni önlemler alınması” hedeflenmiş ve düzenlemeler koruma altında olan sosyal ve ekonomik hakların genişletilmesi yönünde yapılmıştır.

(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı ana metin olarak toplam üç bölüm içermekte olup Bölüm II’de toplam 31 madde halinde haklar düzenlenmektedir. 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartında ilkeler ve haklar toplam 19 bent halinde sayılmış iken, (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartında bu liste 31’e çıkmaktadır. (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı orijinal belge olan Avrupa Sosyal Şartında bulunmayan bazı yeni haklar öngörmekle beraber öncekinde bulunanları tekrarlamakta ve bu hükümlerin bazılarında iyileştirme yapmaktadır.

(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartında düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından ise orijinal şartta öngörülen sistem geçerlidir. Toplu şikayet sistemi öngören protokole taraf olan devletler bakımından da (Gözden Geçirilmiş) Şartla üstlenilen yükümlülükler anılan protokol çerçevesinde denetlenecektir.

---

<sup>66</sup> “European Social Charter (revised)”. (Şartı imzalayan ve onaylayan devletler için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=8&DF=16/09/2012&CL=ENG>) “Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı” olarak anılmıştır.

Tez konumuzla ilgili olarak ise Bölüm V madde E.'ye şu hüküm getirilmiştir: “*Nesnel ve makul bir gerekçeye dayanan farklı uygulamalar ayrımcılık sayılmayacaktır.*” Bu maddenin getirilmesi ile bu belgede düzenlenen haklar bakımından ayrıca genel bir ayrımcılık yasağı kuralı getirilmiştir. Böylece sözleşmede yer alan hakların kullanımı sırasında ırk, renk, din ve ulusal soy gibi nedenlere dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanmaktadır.

### **c) Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme**

#### **(1) Sözleşme**

1 Şubat 1995 tarihinde Strazburg'da imzaya açılan Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme 12 devletin onayının ardından 1 Şubat 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyine üye 47 devlet arasından 39 devlet sözleşmeyi onaylamış olup taraf devlet konumundayken, 4 devlet ise imzalamış fakat onaylama işlemini tamamlamamıştır. Sözleşmeye imza dahi koymayan 4 devlet bulunmaktadır. Bunlar ise Andora, Fransa, Monako ve Türkiye'dir<sup>67</sup>.

AK üyesi 4 devletin imza işlemini gerçekleştirip henüz onay işlemini gerçekleştirmemiş olması ve Türkiye'nin de dahil olduğu 4 devletin ise sözleşmeye imza dahi koymamış olması, bu devletlerin azınlık sorununda temkinli yaklaştığını göstermektedir.

Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşmesi 32 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin amacı, başlangıç kısmından da anlaşıldığı kadarıyla Avrupa Konseyi'nin amacının, ortak mirasları olan idealleri ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek üzere üyeleri arasında daha sıkı bir birliğe ulaşmak olduğu dikkate alınarak; taraf devletlerin ülkesinde bulunan azınlıkların ve bu azınlıklara mensup kişilerin haklarının ve özgürlüklerinin, devletlerin ülke bütünlüğüne ve ulusal egemenliğine saygı gösterilerek, hukuk devleti içinde korunmasıdır. Başlangıç bölümünde sözleşmenin amacının gerçekleştirilirken devletlerin ülke bütünlüğüne ve ulusal egemenliğine saygı gösterileceği belirtilmiştir. Bu husus sözleşmenin 21. maddesinde de “*İşbu Çerçeve Sözleşmesinin hiçbir hükmü, uluslararası hukukun*

<sup>67</sup> “Framework Convention for the Protection of National Minorities”. (Sözleşmeyi onaylayan ve imzalayan devletler için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=157&CM=8&DF=29/10/2012&CL=ENG>) Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme olarak anılmıştır.

*temel ilkelerine ve özellikle, Devletlerin egemen eşitliği, toprak bütünlüğü ve siyasal bağımsızlığı ile ters düşen bir eylem yapmak veya bu tür bir faaliyete girişmek hakkının mevcut olduğunu ima edecek şekilde yorumlanamaz.”* denilerek vurgulanmıştır.

Sözleşmede azınlık kavramına ilişkin olarak bir tanım bulunmamış olmasına rağmen sözleşmenin maddeleri ve sözleşmeye ekli Açıklayıcı Rapor’a bakıldığında ise kavramın bütün olarak azınlık gruplarını ve tekil olarak azınlığa mensup bireyleri kapsadığı görülmektedir. Sözleşmede kolektif hakların tanınmasının mümkün olmamasının yanı sıra grup ya da bireysel azınlık kategorisine girenler, taraf devletin ülkesi ile sınırlandırılmıştır. Azınlık kavramının etnik, kültürel, dinsel, dilsel kimlik olmak üzere belli unsurları ön plana çıkarılmış ve ayrıca geleneklerin korunmasına da işaret edilmiştir<sup>68</sup>.

Sözleşmede doğrudan ilgili hakların sayılmasından çok, taraf devletlerin o hakları tanınması, koruması ve geliştirmesi hedeflenerek o haklara ilişkin taahhütlerde bulunması hedeflenmektedir<sup>69</sup>. Dolayısıyla program hükmü mahiyetinde olan maddeler taraf devletlere takdir yetkisi tanıyarak gerekli önlemleri alma yükümü getirmektedir.

Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu ile ilgili olarak sözleşmede özellikle asimilasyon yasağı ve buna karşı korumayı düzenleyen 5. madde dikkat çekmektedir. 5. maddeye göre “ 1. Taraflar, ulusal azınlıklara mensup fertlere kültürlerini sürdürme ve geliştirmenin yanında, kimliklerinin temel unsurlarını; dil, din, gelenekler ve kültürel miraslarını korumak için gerekli şartları teşvik etmeyi taahhüt ederler.

2. Bütünleşme ile ilgili genel politikaları çerçevesinde alınan tedbirlere zarar vermemek kaydıyla, taraflar, ulusal azınlıklara mensup fertlerin istekleri dışında, sindirmeye yönelik her politika veya uygulamadan sakınacaklar ve bu fertleri, bu tür sindirmeye yönelik her faaliyete karşı koruyacaklardır.”

<sup>68</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s. 1211.

<sup>69</sup> **Ibid.**

Sözleşmenin 5/2. maddesinde taraf devletlere ulusal azınlıklara mensup fertlerin istekleri dışında, sindirmeye yönelik her politika veya uygulamadan sakınacaklarına dair yükümlülük getirilmesinin yanı sıra sindirmeye yönelik faaliyetlere karşı da koruma yükümlülüğü getirilmiştir.

Aynı suç tipi ile ilgili olarak kültürler arası diyalog ve hoşgörü anlayışının geliştirilmesini düzenleyen 6. madde de dikkat çekmektedir. 6. maddeye göre “*Taraflar, toprakları üzerinde yaşayan tüm fertler arasında etnik, kültürel, dilbilimsel veya dinsel kimliklerine bakılmaksızın hoşgörü ve kültürler arası diyalogu teşvik edecekler ve karşılıklı saygı ve anlayışı ve işbirliğini teşvik etmek için özellikle eğitim, kültür ve medya alanlarında etkili tedbirler alacaklardır.*

*Taraflar, etnik, kültürel, dilbilimsel veya dinsel kimlikleri nedeniyle tehdit veya ayrımcılık, düşmanlık veya şiddet eylemlerine maruz kalabilecek herhangi bir ulusal azınlığa mensup fertleri korumak için uygun tedbirler almayı taahhüt ederler.”*

Sözleşmenin 6/2. maddesinde taraf devletlere düşmanlık veya şiddet eylemlerine maruz kalabilecek herhangi bir ulusal azınlığa mensup fertleri korumak için uygun tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenilmiştir. “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçuna ilişkin olarak taraf devletler tarafından düzenleme yapılması bu yükümlülüğün bir parçasını da oluşturacaktır.

## **(2) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Danışma Komitesi**

Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşmesi bireylerin doğrudan talep edebileceği hakları düzenlememekte, devletlere takdir payı bırakarak yükümlülükler öngörmektedir. Bu sebeple düzenlediği alanda etkin bir kontrol mekanizması bulunmamaktadır.

Sözleşmenin denetim mekanizması olarak bakanlar komitesi ve danışma komitesi öngörülmüştür. Sözleşmenin 24, 25 ve 26. maddelerine göre taraf devletlerin uygulamalarını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi olup, taraf devletler sözleşme çerçevesinde aldıkları önlemleri Bakanlar Komitesi sunacak, Bakanlar Komitesi kuracağı bir Danışma Komitesinden yararlanarak taraf devletlerin aldıkları

önlemlerin uygunluğunu değerlendirecektir. Danışma Komitesi değerlendirmesinin ardından, Bakanlar Komitesi ulaştığı sonuçları, tavsiyelerini ve bunların yerine getirilmesi için zaman sınırını içeren bir raporu hazırlayacaktır.

Bu mutad raporların yanı sıra Danışma Komitesinin talebi ile Bakanlar Komitesinin taraf devletten isteyebileceği ek bilgi talepli ad hoc raporlar; Danışma Komitesinin, Bakanlar Komitesinin talimatları altında Bakanlar Komitesinin vardığı sonuç ve tavsiyeleri izleyerek düzenlediği izleme raporları ve son olarak da Danışma Komitesinin faaliyetleri hakkında periyodik şekilde Bakanlar Komitesine sunacağı faaliyet raporları da bulunmaktadır<sup>70</sup>.

#### **d) Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Ek Protokol**

İnternetin, ulusal sınırları aşan bir sistemi ifade etmesi, bu alanda suçluluğun da aynı niteliği taşıması ve bu eylemlere karşı mücadele edilmesi gerekliliği karşısında, Avrupa Suç Sorunları Komitesi, 1996 yılında, internet ortamında işlenen suçlarla yani siber suçlarla ilgili bir uzmanlar komitesi kurulmasına karar vermiştir. 1997 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin uzmanlardan, siber suç kapsamına giren konulara ilişkin bağlayıcı özelliğe sahip olacak hukuki bir metin hazırlamasını talep etmelerinin ardından Nisan 2000'de taslak metin internette yayınlanmıştır. Haziran 2011'de son şekli verilen Avrupa Siber Suç Sözleşmesi 23 Kasım 2001 tarihinde Macaristan'ın Başkenti Budapeşte'de imzaya açılmıştır. 1 Temmuz 2004'te ise en az üçü Avrupa Konseyi üyesi olmak üzere beş devletin onay şartını sağlayarak ile yürürlüğe girmiştir. Son olarak 32 ülke Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin tarafıdır. 15 devlet ise imzalamış fakat henüz onaylamamıştır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesini, Avrupa Konseyi üyesi olmamasına rağmen imzalamış olan devletler de bulunmaktadır. Türkiye 10 Kasım 2010 tarihinde söz konusu sözleşmeyi imzalamış bulunsa da henüz onaylama işlemini gerçekleştirmemiştir<sup>71</sup>.

Sözleşmenin açıklayıcı raporunda sözleşmenin amaçları siber suçlar alanında ülkelerin maddi ceza hukukuna ilişkin bölümlerini uyumlu hale getirmek, bu suçların ve bilgisayar kullanılarak işlenen diğer suçların kovuşturulması ve soruşturulması

<sup>70</sup> Gemalmaz, s. 218.

<sup>71</sup> "Convention on Cybercrime". (Sözleşmeyi imzalayan ve onaylayan devletler için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=16/09/2012&CL=ENG>) "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi" olarak anılmıştır.

için ceza yargılaması hukuku alanında gerekli yerel yetkileri sağlamak ve bu bağlamda hızlı ve etkin bir uluslararası işbirliği rejimi oluşturmak şeklinde sayılmıştır<sup>72</sup>.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi incelendiğinde İnternet Ortamında Ceza Sorumluluğunun Avrupa Ana İlkeler, şu şekildedir: 1. Suçlarla ilgili ceza sorumluluğunun sınırlarının çizilmesinde başta düşünce ve söz özgürlüğü ile iletişim özgürlüklerinin gereklerine uyulması,

2. Bilgisayarla işlenen veya bilgisayarla ilişkili suçların belirlenip düzenlenmesinde ortak bir minimum standarda uyulması,

3. Eylemin hukuka aykırı olması

4. Eylemin kasten işlenmesi<sup>73</sup>.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin maddi ceza hukuku kısmında suçlara yer verilerek bu suçların kasıtlı ve haksız bir şekilde gerçekleştirileceği öngörülmüştür.

İrkçi ve yabancı düşmanlığı eylemlerinin artması sonrasında ise Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 2003 tarihinde “Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen İrkçi ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Haline Getirilmesi İçin Avrupa Siber Suç Sözleşmesine Ek Protokol” Strasbourg’da imzaya açılmıştır. 5 devletin onayı ile de 1 Mart 2006 tarihinde sözleşme yürürlüğe girmiştir. Ek protokole taraf 20 devlet bulunmakta olup Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletler de dahil olmak üzere 15 devlet ek protokolü imzalamış fakat henüz onaylamamıştır. Türkiye Ek Protokolü henüz imzalamamıştır<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Açıklayıcı Raporun Metni için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>

<sup>73</sup> İsmail Ergün, **Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 61.

<sup>74</sup> “[Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=189&CM=8&DF=16/09/2012&CL=ENG)”. (Ek protokolü imzalayan ve onaylayan devletler için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=189&CM=8&DF=16/09/2012&CL=ENG>.) “Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen İrkçi ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Haline Getirilmesi İçin Avrupa Siber Suç Sözleşmesine Ek Protokol” olarak anılmıştır.

Ek Protokol<sup>75</sup> ile ırkçı ve yabancı düşmanlığı ile soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçların reddi, küçümsenmesi ve onaylanması ile doğrulanmasını içeren verilerin yayılmasının önlenmesine çalışılmıştır.

Söz konusu sözleşmede ırkçı ve yabancı düşmanlığı içeren verilerden neyin anlaşılması gerektiği 2. maddede açıklanmıştır. 2. maddeye göre: *“İrkçı ve yabancı düşmanı verilerden anlaşılması gereken, ırk, renk, soy veya milli veya etnik köken; bu faktörlerin herhangi birinin bahane olarak kullanılmaması halinde din sebebiyle bireylere ya da bireylerden oluşan gruplara karşı kin, ayrımcılık veya şiddetin taraftarlığını yapan, teşvik veya tahrik eden yazılı veriler, tasvirler veya teori veya fikirlerin simgeleridir.”*

Bilgisayar sistemi aracılığı ile ırkçı ve yabancı düşmanı verilerin yayılması başlığını taşıyan 3. maddede ise taraf devletlerin alması gereken yasan önlemler düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: *“1. Her taraf devlet aşağıda yer alan fiiller kasten ve hukuka aykırı olarak işlendiğinde, bu fiilleri kendi iç hukukunda suç olarak tesis etmek için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri kabul edecektir:*

*Bilgisayar sistemi aracılığı ile ırkçı ya da yabancı düşmanlığı içeren verilerin kamuya yayılması ya da aksi halde kullanılabilir hale getirilmesi.*

*2. Bir Taraf Devlet kin ve şiddetle irtibatlı olmaması halinde ayrımcılığı savunan, teşvik ve tahrik eden Madde 2 ve paragraf 1’de tanımlanan maddelere ilişkin olarak bu maddenin 1. paragrafında tanımlanan fiillere, kullanılabilir etkili diğer başvuru yollarını sağladığında, cezai sorumluluk izafe edilmemesi hakkını saklı tutabilir.*

*3. Bu maddenin 2. paragrafına bağlı olmaksızın, bir Taraf Devlet ifade özgürlüğü ile ilgili milli yasal sisteminde oluşturduğu prensipleri nedeniyle ayrımcılık durumlarında paragraf 1’i uygulamama hakkını saklı tutarsa, paragraf 2’de tanımlanan etkili başvuru yollarını sağlayamaz.”*

<sup>75</sup> Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen İrkçı ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Haline Getirilmesi İçin Avrupa Siber Suç Sözleşmesinin Ek Protokolünün İngilizce metin için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>

3. maddeden anlaşılacağı üzere sözleşmeye taraf devletlerin ırkçı veya yabancı düşmanlığı içeren verilerin kamuya yayılmasını önlemek amacıyla suç içeren yasal önlemleri alma zorunluluğu bulunmaktadır. Devletler kin ve şiddetle bağlantılı olmaması halinde ayrımcılığı savunan verileri cezai sorumluluk dışındaki etkili başvuru yolları ile önleyebilirler. Fakat tez konumuzu da oluşturan Halkı Kin ve Düşmanlığa tahrik suçu gibi kin ve şiddet ile bağlantılı olan veriler ise cezai sorumluluk düzenlemeleri ile önlenecektir.

4. maddede ise ırk ve yabancı düşmanlığı ile harekete geçirilmiş tehdit düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*Her taraf devlet aşağıda yer alan fiiller kasten ve hukuka aykırı olarak işlendiğinde, bu fiilleri kendi iç hukukunda suç olarak tesis etmek için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri kabul edecektir:*

*(i) ırk, renk, soy veya milli veya etnik köken ayrıca bu faktörlerin herhangi birinin bahane olarak kullanılmaması halinde din sebebiyle ayırt edilen gruba mensup kişilerin bu sebeple veya (ii) bu özellikleri taşıması sebebiyle bir grup insanın, taraf devletin kendi iç hukukunda tanımladığı şekilde ceza gerektiren bir suçun kendilerine karşı işleneceği konusunda tehdit edilmesi.”*

Söz konusu maddede ise ceza kanunlarında düzenlenmiş bir suçun ırk, renk, soy, milli veya etnik köken veya din sebebiyle bir gruba mensup kişiye ya da bizzat o gruba karşı işleneceğine dair bilgisayar sistemi ile tehditte bulunulması düzenlenilmiştir.

Ek Protokolün 5. maddesinde ise ırkçı ve yabancı düşmanlığı ile harekete geçirilmiş aşağılama düzenlenmiş olup, madde metni şu şekildedir: “*Her taraf devlet aşağıda yer alan fiiller kasten ve hukuka aykırı olarak işlendiğinde, bu fiilleri kendi iç hukukunda suç olarak tesis etmek için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri kabul edecektir:*

*(i) ırk, renk, soy veya milli veya etnik köken ayrıca bu faktörlerin herhangi birinin bahane olarak kullanılmaması halinde din sebebiyle ayırt edilen gruba mensup kişilerin bu sebeple veya (ii) bu özellikleri taşıması sebebiyle bir grup insanın, bilgisayar sistemi aracılığı ile aşağılanması.*



*Her taraf devlet ikisinden birini yapabilir:*

*a. tahrike, aşagulamaya, istihzaya maruz kalan paragraf 1'de belirtilen kişi ya da kişi gruplarını etkileyecek maddenin 1. paragrafında belirtilen suçlara gereksinim duyabilir.*

*b. maddenin tamamına başvurmama ya da bir kısmına başvurmama hakkını saklı tutabilir.”*

Protokolün 4. maddesi ve 5. maddesi karşılaştırıldığı zaman görülecektir ki taraf devletlere 5. maddede tanınmış olan çekince hakkı 4. maddede tanınmamıştır.

### **3. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları**

#### **a) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları**

Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi aracılığı ile üye devletlerin mevzuatları arasında daha fazla birlik sağlamak amacı ile sözleşmelerin yanı sıra yasal fakat bağlayıcı olmayan tavsiye kararlarına da başvurarak üye devletlerin politika ve mevzuatları için rehber ilkeler tanımlamakta ve tavsiye kararlarında yer alan ortak kurallardan esinlenerek belli standartları hukuk sistemlerine katmaları tavsiyesinde bulunmaktadır. Avrupa Konseyinin nefret söylemi bağlamında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu da kapsayacak şekilde tavsiye kararları bulunmaktadır.

#### **(1) Nefret Söylemi Konulu (97) 20 Sayılı Tavsiye Kararı<sup>76</sup>**

Bakanlar Komitesi tarafından 30 Ekim 1997 tarihinde kabul edilen nefret söylemi konulu (97) 20 sayılı tavsiye kararı ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını ve kışkırtıcı her türlü ifade biçimini ve her türlü hoşgörüsüzlüğü kınayarak bir nefret söylemi tanımı yapmakta olup konumuzu ilgilendiren 7 prensip içermektedir. İlk prensipte Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ulusal, bölgesel ve yerel kamu otorite ve kurumlarının ve kamu görevlilerinin özellikle medya alanında ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, ayrımcılığı, nefrete dayalı hoşgörüsüzlüğü meşrulaştıran, yayan, kışkırtan nefret söyleminden kaçınmakta özel sorumluluğa sahip olduğu belirtilmekte, bu gibi durumların yasaklanması ve bu gibi durumlardan kaçınılması tavsiye edilmektedir. 2. prensipte ise üye devlet hükümetlerinin idari ve yargı otoritelerinin ifade özgürlüğü ile insan

<sup>76</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (97) 20 sayılı Tavsiye Kararının İngilizce metin için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp)

onuruna ve diğerlerinin şöhretine saygıyı uzlaştıracak şekilde hukuki, cezai ve idari yasalardan oluşan hukuksal çerçeve kurmaları ve bunu sürdürmeleri tavsiye edilmiş ve bu tavsiyenin ne şekilde uygulanabileceği gösterilmiştir. 3. prensipte 2. prensibin nasıl uygulanması gerektiği konusunda tavsiyede bulunularak ifade özgürlüğüne yapılacak bir müdahalenin oldukça dar yorumlanması, kanuni olması, yapılacak müdahalenin yargısal kontrolden geçmesi gerektiği vurgulanmıştır. 4. prensipte 3. prensibe bağlı olarak kişi ya da gruplara karşı oluşturulan nefret söyleminin AİHS'in 10. maddesi altında koruma göremeyeceği belirtilmiştir. 5. prensipte ise yargısal otoritelerin ifade özgürlüğü ihlali ile nefret söylemi arasındaki ilişkiye orana dikkat ederek şüphelinin haklarını ihlal etmemesi, 6. prensipte kanuni düzenlemelerin yanı sıra medyaya da nefret söyleminin önlenmesinde rol düştüğü ve son prensipte de 6. prensibin uygulanması sırasında AİHS'te yer alan 10. maddenin ve AİHS organları tarafından oluşturulmuş olan 10. maddeye ilişkin prensiplerin dikkate alınması gerektiği de ayrıca vurgulanmıştır.

Sonuç olarak bu tavsiye kararında devlete, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da dahil olduğu nefret söyleminin önlenmesi konusunda tavsiyelerde bulunulmasının yanı sıra medyaya da bu konuda görevler düştüğü belirtilmiştir. Ulusal yasalarda ve bunların uygulanmasında “nefret söylemi” ifadelerinin sahiplerinin sorumluluğu ile medyanın kamuoyunu ilgilendiren konularda AİHS'in 10. maddesi kapsamında bilgi ve görüşleri iletme misyonunun bir parçası olarak bunları yayınlaması nedeniyle taşıdığı sorumluluk arasında kesin bir ayrıma gidilmesi gerektiği belirtilmektedir.

## **(2) Medya ve Hoşgörü Kültürünün Geliştirilmesi Konulu (97) 21 Sayılı Tavsiye Kararı<sup>77</sup>**

Bakanlar Komitesi tarafından 30 Ekim 1997 tarihinde kabul edilen Medya ve Hoşgörü Kültürünün Geliştirilmesi Konulu (97) 21 Sayılı Tavsiye Kararı, medyanın toplumun farklı etnik, kültürel ve dini grupları arasındaki anlayış kültürünü teşvik ettikleri yerlerde hoşgörüsüzlükle mücadeleye olumlu katkılarının olabileceğine işaret etmektedir. Bu katkıların ne şekilde olabileceğine ilişkin olarak ise hoşgörü

<sup>77</sup> “Recommendation No. (97) 21 of the Committee of Ministers to Member States on the Media and the Promotion of a Culture of Tolerance”. (Tavsiye Kararı metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other\\_committees/dhlgbt\\_docs/CM\\_Rec\(97\)21\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dhlgbt_docs/CM_Rec(97)21_en.pdf)) “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Medya ve Hoşgörü Kültürünün Geliştirilmesi Konulu (97) 21 Sayılı Tavsiye Kararı” olarak anılmıştır.

kültürünün gelişimine yardım olacak 6 tavsiyede bulunmuştur. Bu tavsiyelerden ilkinde okullarda gazeteciliğe ilişkin yapılacak başlangıç eğitiminin ve daha sonraki mesleki yaşamdaki eğitimin içeriğinin çok kültürlü yapıyı destekleyici içerikte olması gerektiği belirtilmiştir. Bu ilk tavsiyenin ardından ise medya kuruluşlarının ırkçı ve hoşgörüsüzlük içerikli eylemleri bildirmesi; topluluklar arasındaki gerilimleri aktarırken hassas bir şekilde hareket etmesi; yayın ve programlarda etnik, kültürel, dini topluluklara ilişkin aşağılayıcı klişe tasvirlerden kaçınılması; kişilere bağlı olduğu topluluklardan bağımsız olarak davranılması; kültürel, etnik ve dini grupların objektif olarak yansıtılması; hoşgörüsüzlüğün zararı konusunda toplumun uyarılması; yapılan programlarda hoşgörüsüzlük içeren eylemler ile mücadele edilmesi gibi tavsiyelerde bulunulmuştur. Medyayı temsil eden organlar ve mesleki davranış kuralları konusunda yapılan tavsiyelerde de topluluklar arasında hoşgörünün geliştirilmesi yönünde hareket edilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Yayın konusunda yapılan tavsiyede ise yine hoşgörünün geliştirilmesi yönünde hareket edilmesi gerektiğine ilişkin tavsiyede bulunulmasının yanı sıra bunun ne şekilde olabileceğine ilişkin olarak da çocuk ve gençlere çok kültürlülüğün önemini anlatan programlara yer verilmesi gibi örnekler verilmiştir. Reklamlar konusunda ise çok kültürlülüğünün önemini gösteren reklamlara yer verilmesi; reklam sektöründe ırk renk, ulus vs. ayırımını yasaklayan mesleki davranış kurallarının oluşturulması gibi tavsiyelerde bulunulmuştur.

### **(3) Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Konulu Bakanlar Komitesi Deklarasyonu<sup>78</sup>**

12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Konulu Bakanlar Komitesi Deklarasyonu, birçok komite kararı ve sözleşmenin yanı sıra konumuzla ilgili olarak Bakanlar Komitesinin Nefret Söylemi Konulu (97) 20 sayılı tavsiye kararına da atıfta bulunarak siyasi tartışma özgürlüğünün ırkçı fikirleri veya nefreti, yabancı düşmanlığını ve herhangi bir hoşgörüsüzlük biçimini kışkırtan görüşleri içermediğini vurgulamakta ve medyada siyasi figür ve kamu çalışanları hakkında bilgi ve görüşlerin yayılmasında çeşitli prensiplere dikkat çekmektedir. Bu prensipler arasında yer alan “medya tarafından ihlaller durumunda başvurulacak

<sup>78</sup> “Council Of Europe, Committee of Ministers, Declaration on Freedom of Political Debate in the Media”. (Deklarasyon metni için bkz. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995&Site=CM>) “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 12 Şubat 2004 tarihli Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Konulu Bakanlar Komitesi Deklarasyonu” olarak anılmıştır.

çareler” bakımından medya tarafından gerçekleştirilen nefret söylemi gibi karalama ve aşağılamalarda verilecek cezanın kesin olarak zorunlu ve başkalarının hak ve saygınlığına yönelik ihlalin ağırlığıyla orantılı olması gerektiğine işaret edilmiştir.

### **b) Parlamenter Asamblesi Kararları**

Parlamenter Asamblesi, Avrupa Konseyi’nin müzakere organıdır. Asamblenin bileşimi, Konseye üye devletlerin ulusal parlamentolarından gelen parlamenterlerden oluşmaktadır. Asamble, nefretin kışkırtılması ile ilgili olarak, Bakanlar Komitesi, ulusal hükümetler ve ulusal parlamentolar için rehber ilke işlevi gören metinlerin kabul etmektedir.

#### **(1) İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Konulu 1510 (2006) Sayılı Karar<sup>79</sup>**

Parlamenter Asamblesi, 28 Haziran 2006 tarihinde kabul edilen İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı konulu 1510 (2006) sayılı kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğünün, belirli dini grupların artan hassasiyetleri nedeni ile daha fazla kısıtlanmaması gerektiği değerlendirilmesinde bulunmaktadır.

Söz konusu kararda ilk olarak Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün temel haklardan biri olduğunu, toplumun ve her bir bireyin gelişiminin bilgi ve fikirlerin alınması ve paylaşımına bağlı olduğunu ve bu özgürlüğün sadece kabul edilebilir ifadeleri değil ayrıca hoşagitmeyen, şok edici ve rahatsız edici ifadeleri de kapsadığını belirterek ifade özgürlüğünün kapsamı bakımından genel bir değerlendirme yapmıştır. Kararda ikinci olarak din ve vicdan özgürlüğüne değinilerek din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumlarda zorunlu bir hak olduğundan ve bireylerin hayata bakışını belirleyen bir anlayış olduğundan bahsedilmiş; vicdan ve din özgürlüğünün insan hayatının temel bir parçası olduğuna da değinilerek din ve vicdan özgürlüğünün AİHS’in 9. maddesi ile korunduğu belirtilmiştir. Bundan sonra ise konumuzla ilgili

<sup>79</sup> “Parliamentary Assembly, Resolution 1510 (2006), Freedom of expression and respect for religious beliefs”. (Karar metni için bkz. <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/ERES1510.htm>) “Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesinin İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Konulu 1510 (2006) Sayılı Kararı” olarak anılmıştır.

olarak ilk önce ifade ve düşünce özgürlüğünün din ve inançlar konularında tartışmaya izin vermesi gerektiği hususunun yanı sıra din veya ırk sebebiyle bireylere karşı gerçekleştirilen saldırıların kabul edilmeyeceği fakat dine küfretme hakkındaki yasaların da ifade özgürlüğünü kısıtlamak bakımından bir bahane olarak kullanılmaması gerektiğine işaret edilmiştir. Asamble kültürel ve dini farklılığın Avrupa mirasını oluşturduğunu vurguladıktan sonra film, kitap, karikatür ve internet gibi araçlar negatif reaksiyona sebep olursa bu durumda inançlara saygı amacıyla ifade özgürlüğü kısıtlanabilir mi sorunun gündeme geldiğini belirtmiş ve medya sorumluluğu, öz düzenleme ve oto sansür tartışmalarının da yükseldiğini belirtmiştir. Asamble, dine küfretme olgusunun uzun bir geçmişe sahip olduğunu, dine küfretme ve dini eleştirme yasağını içeren yasaların bilimsel ve sosyal gelişimi etkileyen negatif etkileri de olduğunu, bunun negatif etkilerinin ise aydınlanma çağı ve sekülerizmle aşılmaya başlandığını, bu gün modern toplumun sekülerizm eğilimli ve birey haklarına önem veren nitelikte olduğunu fakat Danimarkadaki karikatür krizinin ardından birey hakkı ve dine küfretme kavramları bakımından tartışmalar çıktığını ifade etmiştir. Asamble daha sonrasında ise dini toplulukların eleştiri ve alay durumunda kendilerini insan hakları yasa ve normlarına göre savunma hakkına sahip olduklarını belirtirken bir yandan da devletin dini ayrımcılık ve hoşgörüsüzlüğün önlenmesi için eğitim vermesini ve yasa çıkarmasını da önermiştir. Asamble 1510 (2006) sayılı kararında dine küfretme olgusunun yanı sıra eleştirel tartışma ve sanat özgürlüğünün de Avrupa'nın geçmişinde önemli bir yere sahip olduğuna işaret ederken, Asambenin İnsan Hakları Beyannameyi ve Birleşmiş Milletlerin insan hakları sözleşmesi ile belirlenen insan hakları standartlarının altına düşmekle de mücadele edeceğini belirtmiş fakat insan hakları arasında belirli konularda çatışma olduğunda ise denge kurulmasının da zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Denge konusunda ise ayrıca devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlama bakımından takdir hakkı dikkate alınacaktır. Bireylerin inanç ve dinlerine yapılan saldırıların sınırlanması bakımından, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında takdir hakkı genişlemekte olsa da bu zaman ve yere göre de değişecektir. Fakat Asamble tarafından özellikle şu hususa dikkat çekilmektedir ki; dini grupların hassasiyetleri nedeni ile ifade özgürlüğü her zaman kısıtlanmayacaktır. Aynı zamanda Asamble vurgulamaktadır ki; dini gruplara karşı olan nefret söylemi de AİHS ve AİHM içtihatları ile uyumlu değildir.

Tüm bu açıklamaların ardından ise Asamble, üye devletlerin parlamentolarına, dini topluluklarına, medya kuruluşlarına, Avrupa Konseyinin organlarına, Venedik Komisyonuna ve Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'na nefret söylemi konusunda ne yönde hareket etmeleri gerektiğine ilişkin tavsiyede bulunmuştur.

**(2) Dine Küfretme, Dine Hakaret ve Dinleri Nedeniyle İnsanlar Hakkında Nefret Söyleminde Bulunma Konulu 1805 (2007) Sayılı Karar<sup>80</sup>**

Parlamentar Asamblesi, 29 Haziran 2007 tarihinde kabul edilen Dine Küfretme, Dine Hakaret ve Dinleri Nedeniyle İnsanlar Hakkında Nefret Söyleminde Bulunma Konulu 1805 (2007) sayılı Tavsiye Kararında, herhangi bir kişi ya da grubun dinsel ya da başka gerekçelerle nefret ayrımcılık veya şiddete maruz bırakılması çağrısında bulunan beyanların cezalandırılması ihtiyacını tekrarlamaktadır. Asamble bu kararda ulusal yasaların dinsel konulardaki ifadeleri yalnızca kamu düzenini kasıtlı olarak ve ciddi şekilde rahatsız ettikleri ve bir kişi veya grubun nefret, ayrımcılık veya şiddete maruz bırakılması çağrısında buldukları takdirde cezalandırması gerektiği değerlendirilmesinde bulunmaktadır.

Söz konusu kararda Asamble ilk olarak 1510 (2006) sayılı karara atıfta bulunmakta ve ardından ifade özgürlüğü ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün demokrasinin köşe taşları olduğunu belirtmekte; daha sonra kültürel ve dini farklılıkların önemine değinmektedir. İfade özgürlüğünün sadece kabul edilebilir görüşleri değil, ayrıca AİHS'in 10. maddesinde belirtilen limitlere aykırı olmamak üzere rahatsız edici ve şok edici görüşleri de kapsadığından da bahsedilmektedir. Bu sebeple her demokratik toplumun da din ve dinsel inançlar hakkındaki tartışmalara açık olması gerektiği de vurgulanmaktadır. Asamble bu konuda dünya çapında ve Avrupa'da kültürel ve dinsel farklılıklara saygı ve anlayışın ve devam etmekte olan diyalogun farkına varmanın önemini altını çizmektedir. Asambleye göre çok kültürlü toplumlarda ifade özgürlüğü ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü uzlaştırılmalı; özellikle bazı yerlerde yasa ile belirlenmesi, demokratik toplumda

<sup>80</sup> "Parliamentary Assembly, Recommendation 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion". (İngilizce metin için bkz. <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm>) "Avrupa Konseyi Parlamentar Asamblesinin Dine Küfretme, Dine Hakaret ve Dinleri Nedeniyle İnsanlar Hakkında Nefret Söyleminde Bulunma Konulu 1805 (2007) Sayılı Kararı" olarak anılmıştır.

zorunlu olması ve amaçlanan meşru amaçla kısıtlamanın orantılı olması şartı ile özgürlükler bakımından sınırlamalara gidilebilmelidir. Bu sınırlamalar her toplumun özelliğine göre değişecek ve takdir marjına göre belirlenecek olsa da; bu takdir marjı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetlenecektir. Asambleye göre, dine küfretme, dine hakaret ve dinleri nedeni ile insanlara karşı nefret söylemi hakkında AİHM içtihatları ile sınırlı olmak üzere ne ölçüde ceza gerektiren suçun belirleneceği konusunda devletler sorumludur. Bu durumda Asamble her dine küfretme, dine hakaret ve dinleri nedeni ile insanlara karşı hakaret konularında kişilerin cezalandırılması öngörmemekte ve bazı sınırlamalar getirilmesinden yana tavır almaktadır. Asamble bu konuda daha sonraki bölümde söz edeceğimiz Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)'nun 16-17 Mart 2007 tarihli raporuna ve Parlamenter Asamblesinin 1720 (2005) sayılı eğitim ve din başlıklı tavsiye kararına atıfta bulunmaktadır. Bu bağlamda Asamble Müslüman toplumlar ve batı toplumları arasında "Medeniyetler İttifakı" isimli yapılanmayı hoş karşılamakta ve bunun sadece Müslümanlar ile batı toplumları arasında değil, diğer din toplulukları ile dini olmayan topluluklara kadar uzanmasını desteklemektedir. Asamble geçmişte dine küfür ve dinle ilgili diğer suçlar hakkındaki ulusal yasa ve uygulamaların her devlette hangi din baskın ise ona göre şekillendiğini belirtmekte fakat Avrupa'da dinsel farklılıkların artışı ve din ile devlet ayrılığı sonucunda devletlerin bu konudaki yasaların gözden geçirmesi gerektiğini belirtmektedir.

Asamble Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesini imzalayan her devletin sözleşmede belirtilen yükümlülüklere uyması gerektiğinin altını çizmektedir. Asamble daha sonraki bölümlerde söz edeceğimiz ırkçılıkla ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleyi amaçlayan ulusal mevzuata dair 7 sayılı Genel Kurul Politika Tavsiye Kararına atıfta bulunarak, Avrupa Konseyi üye devletlerinin, ırkçı ifadelerle mücadele eden ceza kanunu hükümlerini kabul etmesi konusunda çağrıda bulunmaktadır. Asamble, gazetecilerin hayatına ve ifade özgürlüğüne tehdit konulu 1535 (2007) sayılı tavsiye kararına atıfta bulunarak dini görüşleri sebebi ile gazetecilere düzenlenen saldırılarda devletin bu kişileri korumak bakımından yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir. Asambleye göre devletler, diğer bireylerin dinsel inançlarını açıklama ve eğitim hakkını, toplumun çıkarlarını ve diğer bireylerin çıkarlarını dengeleyerek kişilere AİHS'in 9. maddesi kapsamında dinsel inançlarını açıklama özgürlüğü tanınmalıdır. Asambleye göre, devletler demokratik bir toplumda zorunluluk taşıyorsa AİHS'in 10. maddesinin 2. fıkrasına

dayanarak kasten ve kamu düzenini bozucu ve şiddeti çağıran dini konulardaki açıklamaları cezalandırmalıdır.

Parlamenteler Asamblesi, 1510 (2006) sayılı tavsiye kararına atıfta bulunarak bahsettiğimiz konularda Bakanlar Komitesine de tavsiyelerde bulunmakta ve kararını sonlandırmaktadır.

### **c) Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Raporları**

Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi'nin anayasal konulardaki danışma organıdır. 1990'da Berlin Duvarının çöküşü sonrası Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin anayasa hazırlama sürecinde acil yardıma ihtiyaç duydukları bir dönemde kurulmuştur. Komisyon, anayasa hazırlanması sürecine yardım etme, seçimler ve referandumlar düzenlenmesine yardımcı olma, anayasa mahkemeleriyle işbirliği yapma, çeşitli uluslararası konularda çalışmalar yapma, raporlar hazırlama, seminerler düzenleme faaliyetlerinde bulunmaktadır. Öncelikle ülkelerin anayasa hazırlarken yararlanabilecekleri bir kurum olarak tasarlanmış olan Venedik Komisyonu daha sonraları danışmanlık yapan bağımsız bir düşünce kuruluşuna dönüşmüştür. Komisyon belirttiğimiz faaliyetleri kapsamında Parlamenter Asamblesi önerisi ile bir takım ön raporlar hazırlamıştır.

#### **(1) Avrupa'da Dine Küfretme, Dine Hakaret ve Kışkırtıcı Dinsel Nefreti Konu Alan Ulusal Mevzuatlar Üzerine 16-17 Mart 2007 Tarihli Ön Rapor<sup>81</sup>**

Komisyon 16-17 Mart 2007 Tarihli 70. Genel Kurulunda kabul edilen bu ön raporda, demokratik bir toplumda diğer gruplar gibi dini grupların da faaliyetleri, öğretileri ve inançlarıyla ilgili olarak kamuoyunda yer alan eleştirel ifadeleri ve tartışmaları, söz konusu eleştiriler kasıtlı ve yersiz hakaretler içermediği ve şiddet veya kamu düzeninin bozulması ve belirli bir dine mensup olanların ayrımcılığa tabi tutulmaması yönünde kışkırtıcılık yapmadığı takdirde hoşgörüyü karşılamaları gerektiği değerlendirilmiştir. Komisyon, bu bağlamda Avrupa

<sup>81</sup> Preliminary Report on the National Legislation in Europe Concerning Blasphemy, Religious Insults and Inciting Religious Hatred, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 23 March 2007, Study no. 406 / 2006, CDL-AD(2007)006 (bkz. [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)006-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)006-e.pdf))



Konseyi'ne üye hemen hemen bütün devletlerin dinsel gerekçelere dayalı nefret dahil olmak üzere her türlü nefret kışkırtıcılığı ile mücadele eden yasalar kabul etmiş olduğunu belirtmekte ve buradan, bu devletlerin hem ifade özgürlüğünü hem de dinsel inançları nedeni ile saygı görme hakkını potansiyel olarak koruma altına alan mevzuatlara sahip oldukları sonucunu çıkartmaktadır.

**(2) İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki:  
Dine Küfretme, Dini Değerleri Aşağılama ve Dinsel  
Nefreti Kışkırtıcı Konu Alan Yasal Düzenlemeler ve Adli  
Takibat Konulu 17-18 Ekim 2008 Tarihli Rapor<sup>82</sup>**

Komisyon, 17-18 Ekim 2008 tarihinde 76. Genel Kurulunda kabul edilen raporda nefreti/düşmanlığı kışkırtıcı eylemlerin, dinsel sebeple nefreti/düşmanlığı kışkırtıcılık eylemlerin dahil olmak üzere, Avrupa Devletlerinin hemen hepsinde Andora ve San Marino hariç olmak üzere cezai yaptırım ile sonuçlanmakta olduğunu tespit etmiştir. Temel parça olarak nefreti/düşmanlığı kışkırtma unsur olmadan, dini (daha çok dini duyguları) aşağılamanın ceza olarak düzenlenmesi ne zorunlu ne de isteğe bağlıdır. Avrupa devletlerindeki dini aşağılama konulu suçlar ise kaldırılmalı ve yeniden tanımlanmalıdır. Komisyona göre ifade özgürlüğü ve dini inançlara saygı arasındaki dengenin sağlanması için sadece nefret/düşmanlığı kışkırtıcı eylemlerin cezai yaptırımlara tabi olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra Avrupa'da ve dünyanın geri kalanında da ifade özgürlüğü uygulamalarının da dini değer ve inançlara saygı göstermek için çaba sarf etmesi gerektiği vurgulanmıştır.

**d) Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu  
Raporları**

Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 1993 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kurulmuştur. Görevi Avrupa Konseyi'ne üye bütün ülkelerde ırkçılık, ayrımcılık, Yahudi düşmanlığı ve hoşgörüsüzlükle mücadele etmeye öncülük etmek ve bunlara karşı yasal ve siyasal korumayı güçlendirmek için çalışmaktır. Bu sebeple mevcut ulusal ve uluslararası önlemlerin etkinliğini

<sup>82</sup> Report On The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 23 October 2008, Study no. 406/2006, CDL-AD(2008)026 ([http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD\(2008\)026-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD(2008)026-e.pdf)).

değerlendirmekte ve bunlara karşı yasal ve siyasal korumayı güçlendirmek için çalışmaktadır. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu özellikle, bütün üye devletlere yönelik olarak çıkartılan ve çeşitli alanlarda ulusal politika ve stratejilerin geliştirilmesine yönelik kılavuz ilkeler sunan genel politika tavsiye kararlarını hazırlamaktadır. Ayrıca ülkeler bazında ulusal durumu ele alan izleme raporları da yayınlamaktadır. Konumuzla ilgili olarak özellikle iki tavsiye kararına değinilecektir.

**(1) Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı, Antisemitizm ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Konulu 1 No’lu Genel Politika Tavsiye Kararı<sup>83</sup>**

Komisyon tarafından hazırlanan 4 Ekim 1996 tarihli bu raporda üye devletlerin hükümetlerine hukuki mevzuat, yasaların uygulanması ve hukuk yolları ile ilgili hususlar ile bazı alanlardaki politikalara ilişkin hususlar olmak üzere iki yönde tavsiyede bulunulmuştur.

Özelikle konumuzla ilgili olarak ilk önce ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlükle mücadelede edilmesi ilkelerine bağlılığın Anayasa’da ya da temel bir hukuk metninde yer alması gerekliliği belirtilmiştir. Bunun yanında devletlerin ırkçılıkla mücadele ile ilgili uluslararası sözleşmeleri imzalaması ve onaylaması tavsiye edilmiştir.

Ülkelerin ceza hukuku, medeni hukuk ve iş hukuku alanlarında bu yönde düzenlemeler yapması gerektiği belirtilirken; ceza hukuku bakımından ırkçı ve yabancı düşmanı fiillerin cezalandırılması gerektiği, ırkçı ve yabancı düşmanlığı niteliği taşıyan genel suçların müstakil suç olarak düzenlenmesi ve failin ırkçı ve yabancı düşmanlığı niteliği taşıyan saikin ayrıca dikkate alınmasının temin edilmesine işaret edilmiş; bu suçların re’sen kovuşturulabilir olması tavsiye edilmiştir. Komisyona göre, ceza hukuku alanında alınan önlemler, devletlerin ilgili uluslar arası belgelere ve özellikle AIHS’in 10. ve 11. maddelerine uygun olarak, ırksal, etnik, milli ya da dinsel topluluklara ya da bu tür topluluklara ait olmalarından

<sup>83</sup> “Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 1 No’lu ECRI Genel Politika Tavsiye Kararı, Strazburg, 4 Ekim 1996” (Karar metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N1/REC1-1996-43-TUR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N1/REC1-1996-43-TUR.pdf)).

dolayı bunların üyelerine karşı, toplumu, kin ayrımcılık ya da şiddet kullanmaya tahrik eden sözlü, yazılı, görsel-işitsel ifadeler ile elektronik medya araçları da dahil olmak üzere diğer ifade araçları kullanılmak sureti ile açıklanan ifadelerin hukuksal açıdan bir suç olarak tasnif edilmesi ve bu suçun söz konusu malzemesinin üretilmesi dağıtılması ve dağıtım amacı ile istiflenmesi hususlarını da kapsamalıdır.

**(2) Irkçılık ve Irk Ayrımcılığıyla Mücadeleyi Amaçlayan  
Ulusal Mevzuata Dair 7 No’lu Genel Politika Tavsiye  
Kararı<sup>84</sup>**

Komisyon tarafından hazırlanan 13 Aralık 2002 tarihli bu raporda ırkçılık ve ırk ayrımcılığı bakımından tanımlamalar getirilmiş. Irkçılık bakımından ırk, renk, din, dil, milliyet, milli veya etnik köken gibi bir temelin, bir kişi ya da bir gruba yönelik hor görmeyi meşrulaştırdığı veya bir kişiye ya da gruba üstünlük sağladığı inancı anlamına geldiği belirtilmektedir.

Raporda anayasa hukuku, medeni hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku alanında yapılacak düzenlemelere ilişkin tavsiyelerde bulunmaktadır. Konumuzu ilgilendirmesi bakımından ceza hukuku alanında ilk olarak ayrımcılık, nefret ya da şiddete yönelik kamusal kışkırtma; kamusal hakaret, aşağılama; tehditler; bir grup insanı ırkçı bir amaçla ırk, renk, dil, din, milliyet, milli veya etnik köken gibi sebeplerden dolayı aşağılayan, kötüleyen ya da üstün sayan bir ideolojinin kamusal ifadesi; insanlığa karşı suçları, savaş suçlarını ya da soykırımı ırkçı bir amaçla kamusal olarak reddetmek, haklılaştırmak, önemsizleştirmek gibi eylemlerin yasaklanması tavsiye edilmiştir. Yasaklanması gereken eylemler içerikli materyallerin dağıtımının ve bu eylemleri gerçekleştirmek amacı ile grup kurulmasının yasaklanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu eylemlerin yasaklanması ile yetinilmemesi, eylemler gerçekleştiğinde etkili, ölçülü ve caydırıcı cezai yaptırımların getirilmesi gerektiği tavsiye edilmiştir.

<sup>84</sup> “ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and National Discrimination, Strasbourg, 13 December 2002, CRI (2003) 8”. ( Metin için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf)) “Irkçılık ve Irk Ayrımcılığıyla Mücadeleyi Amaçlayan Ulusal Mevzuata Dair 7 No’lu Genel Politika Tavsiye Kararı” olarak anılmıştır.

#### 4. Avrupa Birliği

##### a) Avrupa Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliğinin insan haklarına y6nelik alışmaları, Avrupa İnsan Hakları S6zleşmesi'ni de kapsayacak Şekilde, insan haklarını korumak için d6zenlenmiş temel uluslararası ve b6lgesel belgelere dayanmaktadır.

Birliğe 6ye devletlerin tamamı Avrupa İnsan Hakları S6zleşmesi'ne taraf olsa da bu s6zleşmede 6ng6r6len hak ve 6zg6rl6kleri, anayasalarına koydukları h6k6mlerle, kendi ulusal hukuklarına aktarmış olsalar da; kurucu antlaşmalar olarak kabul edilen Paris ve Roma Antlaşmalarına temel hak ve 6zg6rl6klere ilişkin liste koymamışlardır<sup>85</sup>. Fakat Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Komisyonun bu y6ndeki ihtiyacın karşılanması amacı ile bildirileri bulunmaktadır.

Avrupa Birliğinin b6t6nleşme s6recini kuvvetlendirmek amacı ile temel hak ve 6zg6rl6kler konusunda bir bildirgenin hazırlanmasının gereklilik olduğu sonucuna varılarak 3-4 Haziran 1999 tarihlerinde K6ln'de toplanan Avrupa Konseyi Devletler ve H6k6metler Başkanları Zirvesi'nde "*Avrupa d6zeyinde geçerli temel hakları bir Şart b6nyesinde toplamak ve bu haklara daha geniş bir vizibilite tanımak gerektiği*" y6n6nde karar alınmıştır. K6ln Zirvesi Sonuç Bildirisinde resmi kaynak olarak da Avrupa İnsan Hakları S6zleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Birliği Antlaşmaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihatları ve anayasal gelenekler sayılmaktadır<sup>86</sup>.

15-16 Kasım 1999 tarihinde Finlandiya'nın Tampere Őehrinde toplanan Avrupa Birliği Konseyi Devlet ve H6k6met Başkanları toplantısında, Amsterdam Antlaşması'nın hukuk ve i sorunlar alanında getirdiği yeniliklerin nasıl uygulanması gerektiği ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması konusunda, Konsey bir karar almış ve Şartın hazırlanması için bir Komite oluşturulmuştur. 1 Şubat 2000 tarihinde yapılan toplantıda ise Komite ismini Konvansiyon olarak değiştirmiş ve aynı g6n Şartın hazırlanması için kendi içinde bir çalışma grubu oluşturmuştur<sup>87</sup>. 2 Ekim 2000 tarihinde Konvansiyon, Temel Haklar Şartı metnine son Şeklini vermiş,

<sup>85</sup> Hakan Taşdemir, Hasan Demir, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa alışmaları Dergisi**, C. 2, No. 3, G6z 2002, s. 87

<sup>86</sup> **Ibid.**, s. 91

<sup>87</sup> **Ibid.**, s.92

13-14 Ekim 2000 tarihinde ise Fransa'nın Biarritz kentinde düzenlenen Avrupa Birliği Zirvesinde Şartın metni kabul edilmiş, metin 14 Kasım'da Avrupa Parlamentosundan 6 Aralıkta'da Avrupa Birliği Komisyonundan onay aldıktan sonra 7-8 Aralık tarihinde toplanan Nice Zirvesinde de kabul edilerek resmi bir belge haline gelmiştir.

Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin vatandaşlarının temel haklarını ve onlara karşı sorumluluklarını düzenlemektedir. Şartın maddelerinde bireysel ve toplumsal haklar ve özellikler düzenlenmiştir. Şartın metni bir giriş bölümü ve onur, özgürlükler, eşitlik, dayanışma, vatandaşlık, adalet ve genel hükümler olmak üzere yedi başlıktan ve 54 maddeden oluşmaktadır. Şart tavsiye niteliğinden çok zorunluluk taşımakta olup bu zorunluluk üye devletlerin yanı sıra aday ülkeler içinde geçerlidir. Şartın amacı giriş bölümünde de belirtildiği gibi, "*Bireyi Avrupa Birliği faaliyetlerinin odak noktası haline getirmek ve bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturmak*"tır.

Konumuzla ilgili olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ifade özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesine ve ayrımcılığa maruz kalmama hakkını düzenleyen 21. maddesine işaret edilebilir. Söz konusu 11. maddeye göre "*Herkes, ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları dikkate alınmaksızın, görüş sahibi olma ve fikir ve belgelere erişim ve yayma serbestisini içerir. Medyanın özgürlüğü ve çoğulculuğu gözetilir.*"

21. maddeye göre ise "*Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa mensubiyet, servet, doğum, sakatlık, yaş veya cinsel eğilime dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.*"

*Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulama alanı kapsamında ve bu Antlaşmaların özel hükümlerine halel getirmemek kaydıyla, milliyet esasına dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.*"

Her iki madde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde aynı konuları düzenleyen maddeler ile paralellik taşımaktadır. Ayrımcılık, nefret söylemi ve nefret suçu ile mücadelenin Avrupa Birliğinin temel eylem alanlarından biri olduğu bu şart ile bir kez daha açıklık kazanmaktadır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. madde 2. fıkrasına dayanarak Şartı kaynak olarak kullanabilmekte temel hak ihlali iddialarını bu sebeple denetleyebilmektedir.

**b) 15 Temmuz 1996 Tarihli Avrupa Birliği Konseyi Ortak Eylem Planı<sup>88</sup>**

Avrupa Birliği Antlaşması K. 3 maddesine dayanılarak 15 Temmuz 1996 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadeleyi konu alan Ortak Eylem Planı kabul edilmiştir. Ortak Eylem Planında yer alan 4. maddede ırkçılık ve yabancı düşmanlığı içeren maddeler ile ilgili olarak üye devletlerin yargı ve diğer yetkili makamları arasındaki işbirliğinin güçlendirilmesi amacı ile aşağıdaki kasıtlı davranışların, hangi araç ile gerçekleştirilirse gerçekleştirilsinler, üye devletler tarafından ceza gerektiren suçlar olarak görülmesini gerektirmektedir.

- a) İrkçi veya yabancı düşmanı amaçlar doğrultusunda, ilgili kişi veya gruplara büyük zarar verilmesine neden olabilecek şekilde, şiddetin veya nefretin veya herhangi bir başka ırkçı veya yabancı düşmanı davranışın alenen kışkırtılması;
- b) Kişilerin veya grupların ırkçı veya yabancı düşmanı amaçlar doğrultusunda alenen aşağılanması veya tehdit edilmesi;
- c) Uluslararası Ceza Mahkemesi Kuruluş Tüzüğü'nün 6, 7 ve 8. Maddelerinde tanımlanan şekliyle soykırım suçlarının, insanlığa karşı işlenen suçların ve savaş suçlarının ırkçı veya yabancı düşmanı amaçlar doğrultusunda alenen hoş görülmesi;
- d) 8 Nisan 1945 tarihli Londra Antlaşması'nın ekinde yer alan Uluslararası Askeri Mahkeme Tüzüğü'nün 6. Maddesinde tanımlanan suçların kamu huzurunu bozması muhtemel bir şekilde alenen inkar edilmesi veya önemsizleştirilmesi;
- e) İrkçi ve yabancı düşmanı ifadeler taşıyan broşür, resim veya başka türlü materyalin alenen yayınlanması veya dağıtılması;

---

<sup>88</sup> Weber, s. 17.

f) İrkçı veya yabancı düşmanı grupların ceza gerektiren faaliyetlerine katkı sağlama niyetiyle bu tür örgütlerin yönetilmesi, desteklenmesi veya bu tür grupların faaliyetlerine katılması.

**c) 16 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Parlamentosu'nun İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Hakkı ile İlgili Kararı<sup>89</sup>**

Avrupa Parlamentosu'nun 16 Şubat 2006 tarihli İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Hakkına ilişkin kararı Danimarka'da yaşanan İslam Peygamberi Muhammed ile ilgili karikatür krizinin ardından çıkmış; kararda ifade özgürlüğünün daima hukuk içinde uygulanmasının ve insan haklarına, İslam, Hıristiyanlık, Yahudilik veya herhangi bir başka dinle ilgili dinsel düşünce ve inançlara saygı ile birlikte var olması gerektiğinin altı çizilmiştir.

Söz konusu kararda ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 9. ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine; devlet ve dini ayıran bu maddelerin Avrupa demokrasisinin temelini teşkil ettiğine; dünyanın çeşitli yerlerinde Avrupa Birliği üye devletlerine ya da batı devletlerine karşı yapılan protestolara, bu protestolara neden olan karikatür krizinin hiçbir devlet ile ilişkilendirilemeyeceğine; dünya çapındaki özellikle İslam ülkelerindeki ticari boykotlara, şiddetli kargaşaya; Avrupa Birliği halkının çoğunluğunun ve ayrıca diğer ülkelerin bu talihsiz olaylardan etkilendiğine, karşılıklı saygı ve anlayışa dayanarak diyalog ve barış içinde ilişki kurulacağına inandıklarına; Avrupa Birliğinin yaşanan krize rağmen diyalogu geliştirmeye devam edeceğine; özgür ve bağımsız medyanın ifade özgürlüğü hakkına ve demokratik prensiplere saygı da temel bir gereksinim olduğuna işaret edilmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz hususlara değinilmesinin ardından ise ifade özgürlüğünün Avrupa Birliği'nin temel değeri olduğuna, ifade özgürlüğü hakkının kullanımının yasal sınırlar içinde olması, kişisel sorumluluk ile birlikte var olması ve diğer bireylerin hakları ile hassasiyetlerine dayanması gerektiğine; ifade özgürlüğünün dinsel nefreti/düşmanlığı tahrik, yabancı düşmanı ya da ırkçı eylemler

<sup>89</sup> "European Parliament resolution on the right to freedom of expression and respect for religious beliefs". (Karar metni için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0064&language=MT>) "16 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Parlamentosu'nun İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Hakkı ile İlgili Kararı" olarak anılmıştır.

yayma gibi fiillerle kötüye kullanılmayacağına; ifade özgürlüğü ve basın bağımsızlığı gibi evrensel hakların bir kişi ya da grubun hissettiklerine bağlı olarak zayıflatılmayacağına; karikatür krizinin ardından ortaya çıkan elçiliklere ve bireylere zarar verilmesi gibi eylemlerin cezalandırılacağına değinilmiştir. Tüm bu hususların yanı sıra Türkiye'deki dinci bir fanatik tarafından işlenen Rahip Santoro cinayetine işaret edilerek, Türkiye'de dahil olmak üzere diğer ülkelere ilişkin tespitlerde bulunulmuştur.

### C. Ulusal Mevzuat

#### 1. Almanya

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının ilk 20 maddesinde temel haklar değerler sistemine göre sınırlandırılmıştır. Anayasanın 1. maddesinde “İnsan onur ve haysiyetinin korunması” düzenlenmiştir. 1. maddeye göre “ (1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

(2) Alman milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder.

(3) Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.”<sup>90</sup> Madde hükmünden anlaşılacağı üzere “İnsan onur ve haysiyeti” tüm temel hakların kaynağını sağlamaktadır. Ayrıca maddenin son fıkrasına göre yasama, yürütme ve yargı organlarının bu haklara uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Özellikle konumuzu ilgilendiren, kaynağını Anayasanın 1. maddesinden alan ve Alman Devletinin Neo- Nazi ve aşırı sağ eğilimli hareketleri engellemesinde kullandığı Anayasanın 5. maddesi büyük önem taşımaktadır.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. maddesinde devlete kanuni olarak ifade özgürlüğünü kısıtlayabilme hakkı tanınmıştır. Bu maddeye göre “ (1) Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbest açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engele uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır. Sansür uygulanamaz.

<sup>90</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası çevirisi için bkz. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>



(2) *Bu haklar, genel yasaların hükümleri, gençliğin korunması hakkındaki yasa hükümleri ve kişisel şeref hakları ile sınırlıdır.*

(3) *Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim serbesttir. Öğretim özgürlüğü Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.”<sup>91</sup>*

Alman Anayasasının 5. maddesinin sınırlama hükmüne dayanarak Alman Ceza Kanununda ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı düzenlemelere gidilebilmiştir. Bu düzenlemeler arasında konumuzu oluşturan 130. paragrafta düzenlenen “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçunun” yanı sıra 86. paragrafta “Anayasaya aykırı organizasyonların propaganda araçlarının dağıtılması”, 86a paragrafında “Anayasaya aykırı organizasyonların tanıtım işaretlerinin kullanılması”, 131. paragrafında “cebiri tasviri, 185. paragrafında “hakaret” yer almaktadır.

Alman Ceza Kanununun 130. paragrafına göre “(1) *Her kim, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde,*

1. *halkı, halkın diğer bazı kesimleri aleyhine kine tahrik eder veya halka bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunur veya*

2. *halkın bazı kesimlerine sövmek suretiyle, onları kötü maksatla küçük düşürerek veya iftirada bulunarak başkalarının insanlık onuruna saldırıda bulunursa,*

*üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Her kim,*

1. *halk kesimleri aleyhine veya ulusal, irki, dini veya kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine kin beslemeye tahrik eden, bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapmaya çağrıda bulunan veya halk kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruptan birine sövmek, kötü niyetle küçük düşürmek veya ona iftira etmek suretiyle başkalarının insanlık onuruna saldıran yazıları,*

a) *dağıtır,*

b) *alenen sergiler, duvara asar, gösterir veya sair suretle ulaşılabilesini sağlar,*

<sup>91</sup> <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>

c) on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişiye sunar, ona bırakır veya bunlara bu kişinin ulaşabilmesini sağlar,

d) bunları veya bunlardan elde edilen parçaları, a ile c harfli bentler arasında kullanmak veya başkasının bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacı ile üretir, başka birinin vasıtası ile alır, teslim eder, depolar, sunar, ilan eder, metheder, ithal veya ihraç etmeğe girişir veya

2. 1 numaralı bentte tanımlanan muhtevayı içeren bir sunumu radyo, medya veya telekomünikasyon ağ hizmetleri yoluyla yayarsa,

üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Nasyonal sosyalist iktidar altında işlenen ve Devletle Ceza Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan bir fiili, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantı sırasında onaylayan, inkar eden veya zararsız gibi gösteren kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.”<sup>92</sup>

Alman Ceza Kanununun 130. paragrafında ilk iki fıkrasında yer alan düzenleme halkın bir kısmını özellikle ırk, din, etnik köken bakımından farklı kesimlerine karşı nefret hareketlerine kışkırtan kolektif hakareti cezalandırmaktadır. 130. paragrafta yer alan eylemin cezalandırılabilmesi için fiilin gerçekleştirilmesinin ardından ortaya bir tehlikenin çıkması aranmamaktadır. Kanun koyucu tarafından burada özellikle aranan husus kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde eylemde bulunmak ve bunun yanı sıra azınlık gruplarının onur ve haysiyetini ihlal etmektir<sup>93</sup>. Bu hüküm bir bakıma “tehlikenin tehlikesi” kavramının oluşumuna karşı getirilmiştir<sup>94</sup>.

130. paragrafın koruduğu hukuksal değerler kişi haysiyeti ve onuru olduğunu savunan görüşün olmasının yanı sıra kamu barışı olduğunu savunanlar da bulunmaktadır<sup>95</sup>.

Alman Ceza Kanunu haricinde Gençliği Koruma Kanunu ile de kamu barışı ve kişinin onur ve haysiyetinin dokunulmazlığını koruyan fakat ifade özgürlüğünü sınırlandıran madde getirilmiştir. Gençliği koruma kanunu altında gençlik için tehlikeli olabilecek olan materyallerin bulunduğu ana liste düzenlenmesinin yanı sıra;

<sup>92</sup> Feridun Yenisey, Gottfried Plageman, **Alman Ceza Kanunu (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük)**, İstanbul: Beta, 2009, s. 227.

<sup>93</sup> Winfried Brugger, “Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law”, **Tulane European & Civil Law Forum**, Vol. 17, 2002, s. 13.

<sup>94</sup> **Ibid.**

<sup>95</sup> **Ibid.**

bu listeyi düzenleyecek idari amaçlarla teşekkül etmiş olan bir federal kontrol dairesi oluşturulmuştur. Bu listedeki materyaller sadece politik, sosyal, dini ya da felsefi sebeplerle yer alamaz, listede yer alan materyallerin 18 yaşın altındakilere satımı, dağıtımı ya da gösterimi suçu oluşturacaktır; ve nefret suçu ve söylemi ilgili olarak özellikle belirtmek gerekir mahkemece ceza kanununun 86, 130, 130a, 131, 184, 184a, 184b ve 184c’de belirtilen içeriğe sahip olduğu hükme bağlanmış ve haklarındaki bu hüküm kesinleşmiş olan materyaller bu listeye alınacaktır<sup>96</sup>.

Federal Anayasa Mahkemesinin ceza kanunu ve gençliği koruma kanunu bakımından bakış açısına bakıldığı zaman mahkeme içtihatlarında özgürlüklerin yanı sıra kamu çıkarlarının da korunduğu görülmektedir. Anayasa demokratik düzenin varlığını ve temel prensiplerini tehdit edecek oluşumlardan kendini koruyacak bir militan demokrasi inşa ettiği için devlet kendini anayasaya aykırı hareketlerden koruma hakkına sahiptir. İnsan onuru Federal Anayasa Mahkemesi nezdinde temel haklar sıralamasının en üstünde yer almaktadır<sup>97</sup>. Federal Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün demokratik düzenin gelişmesi açısından önemini kabul etmiş olsa dahi eğer bu hakkın kullanımı daha üstün bir hakkın kullanımını engelliyorsa bu durumda sınırlamaya gidilecektir. Bu sınırlamaya gidilebilmesi için ifade özgürlüğünü sınırlayacak olan kanunun tarafsız ve ifade özgürlüğünün kullanımından daha fazla önemli bir toplumsal değeri koruması; ikinci olarak kanun tarafından korunan değerlerin de hakkın kısıtlanmasından daha önemli olması gerekir<sup>98</sup>. Anayasa Mahkemesince özellikle Ceza Kanunu paragraf 130 ve Gençliği Koruma Kanununun konusunda verdiği kararlarda içtihatlarla ve bakış açısı ile uyumaktadır<sup>99</sup>.

## 2. Fransa

4 Ekim 1958 tarihli Fransa Anayasasının başlangıç kısmında “*Fransız halkının, 1789 beyannamesinde tanımlanan, 1946 Anayasasının başlangıç kısmında teyit edilip tamamlanan insan haklarına ve milli egemenlik ilkelerine bağlılığını ihtisamla ilan ettiği*” belirtilir<sup>100</sup>. Fransa Anayasasının atıfta bulunduğu 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 10. maddesinde “*Hiç kimsenin dışı vurumu yasalarla*

<sup>96</sup> Bradley A. Appleman, “Hate Speech: A Comprasion of the Approaches Taken By the United States and Germany”, **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 14, No. 2, s. 433.

<sup>97</sup> **Ibid.**, s. 430.

<sup>98</sup> **Ibid.**, s. 431.

<sup>99</sup> **Ibid.**

<sup>100</sup> 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası İngilizce metin için bkz. (<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#PREAMBLE>).

*oluşturulan düzene zarar vermediği sürece inançları nedeniyle sorumlu tutulamayacağı*”ndan bahsedilirken 11. maddede ise “*Düşüncelerin ve inançların serbestçe dışavurumu en değerli insan haklarından bir tanesidir. Her bir yurttaş yasaların belirlediği durumlarda bu özgürlüklerin kötüye kullanımından sorumlu olmak şartı ile bu ifadelerini özgürce konuşabilir, yazabilir ve yayımlayabilir.*” denilerek düşünce özgürlüğünün anayasal çerçevede önemli bir değer olmakla beraber, sınırsız olmadığı kısıtlanabileceği, kimi zaman da ikincil değere sahip olduğunun altı çizilmiştir<sup>101</sup>. Fransa’da çok gerçek dışılığa dayanan ve genel görüşünde bu gerçek dışılığa inanması durumunda ırksal eşitsizlik gibi yıkıcı toplumsal durumlara sebep olabilecek ifadeler kısıtlanabilmektedir<sup>102</sup>. Fransa Anayasasında da belirtildiği gibi ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik olarak konumuzla ilgili olan özellikle iki düzenleme dikkat çekmektedir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ait hükümler, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanununun kabahatlerin yer aldığı 6. kitabında, düzenleyici hükümler arasında R.625-7. maddesinde ve Basın Kanununda bulunmaktadır.

Fransız Ceza Kanununun “*Ayrımcılığa, nefrete veya şiddete aleni olmayan tahrik*” başlığını taşıyan R. 625-7. maddesi şu şekildedir: “*Bir kişi ya da kişiler grubu aleyhine kökenleri ya da belli bir etnik gruba, bir millete, bir ırka ya da bir dine, gerçekten veya varsayımsal olarak, ait olmaları veya ait olmamaları nedeniyle aleni olmayan biçimde ayrımcılığa, nefrete veya şiddete yönelik tahrikte bulunmak, 5. sınıf kabahatler için öngörülen para cezası ile cezalandırılır.*

*Bir kişi ya da kişiler grubu aleyhine cinsiyetleri, cinsel tercihleri veya engelleri nedeniyle nefrete ya da şiddete yönelik aleni olmayan şekilde tahrikte bulunmak ile bu aynı kişilere karşı 225-2 ve 432-7 maddelerinden öngörülen ayrımcılıklara yönelik tahrikte bulunmak da aynı ceza ile cezalandırılır.*

*Bu maddede öngörülen kabahatlerin faillerine aynı zamanda aşağıdaki tamamlatıcı cezalar verilir:*

<sup>101</sup> Bastiaan Hugo Vanacker, **Online hate speech regulation in the United States and Europe: Accommodating Conflicting Legal Paradigms**, A Dissertation Submitted to the Faculty of the Graduate School of the University of Minnesota, July, 2006, s. 146.

<sup>102</sup> *Ibid.*, s. 147.

1) 3 yıl veya daha uzun süreyle izne bağlı silahların bulundurulmasının ve taşınmasının yasaklanması,

2) Hükümlünün sahip olduğu veya serbestçe kullanabileceği bir ya da birden fazla silahın müsaderesi

3) Suçu işlenmesinde kullanılan ya da suçun işlenmesi için kullanılacak olan yahut suçun mahsulü olan şeylerin müsaderesi,

4) 20 ila 120 saat arası süreyle kamu hizmetinde çalışılması,

Bu maddede öngörülmüş olan suçlardan dolayı cezai sorumluluğu olan tüzel kişiler, 121-2'de öngörülen şartlar çerçevesinde, 131-41'de öngörülen koşullar çerçevesindeki para cezasının dışında, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesi için kullanılacak olan yahut suçun mahsulü olan şeylerin müsaderesi cezaları ile cezalandırılır.

Bu maddede öngörülen kabahatleri mükerrer olarak işleyen kişi, 132-11 ve 132-15 maddelerine göre bastırılır.”<sup>103</sup>

Fransız Basın Özgürlüğü Kanununun 24. maddesinin 6. fıkrasında “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik Suçuna” ilişkin olarak düzenlemeye gidilerek “23. maddede açıklanan araçlardan biriyle belirli bir etnik gruba, millete veya dine mensup olmaktan veya olmamaktan veyahut da kökeninden dolayı bir kişiye ya da kişi grubuna karşı aşağılamaya, kine ya da şiddete tahrik edenler, ... yıl hapis ve ... para cezası ile cezalandırılırlar” şeklinde belirtilmiştir. Bu maddede geçen 23. madde ise şöyledir: “Cürüm veya cünha niteliğindeki bir eylemi işlemeye fail veya failleri, gerek kamuya açık yerlerde veya bölgelerde bağırarak söylenen konuşmalarla, sözlerle veya tehditlerle, gerek yazılarla, matbualarla, desenlerle, gravürlerle, resimlerle, amblemlemlerle, görüntülerle (imajlarla) veyahut da kamuya açık yerlerde veya bölgeler de satılan veya dağıtılan, satışa sunulan veya sergilenen diğer bütün yazı, söz, görüntü araçlarıyla, gerek kamunun dikkatine sunulan ilanlar ya da afişlerle, gerekse bütün görsel-işitsel iletişim araçlarıyla, doğrudan doğruya tahrik

<sup>103</sup>[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7117A17B3F02464AD9163F853EDBA567.tpdjo09v\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165460&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20121012](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7117A17B3F02464AD9163F853EDBA567.tpdjo09v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165460&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20121012)

*edenler, bu tahrik etkisini meydana getirmişse, eylemin şeriki olarak cezalandırılırlar.*

*Bu hüküm, aynı zamanda tahrik sadece Ceza Kanununun 2. maddesinde öngörülen cürme teşebbüsü meydana getirdiğinde de uygulanabilecektir.”<sup>104</sup>*

Basın Özgürlüğü Kanununun 23. Maddesi, 24. maddede yer alan suçun işlenme şekillerine yer vermektedir. Baskın görüşe göre burada öncelikle halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından önce kasta bakılmalı; bunun ardından hangi araçlarla işlendiğine bakılmalıdır. Suçun işlenmiş olması için bir zararın doğmasına gerek bulunmamaktadır<sup>105</sup>.

Fransa'daki mahkeme uygulamalarına bakıldığı zaman görülecektir ki konumuz çerçevesinde bir görüşün kısıtlanabilmesi ve cezalandırılabilmesi için ilk olarak görüşü dile getiren kişinin aşağılamada bulunması, hakaret etmesi ve kine tahrik etmesi ikinci olarak bu eylemlerin belirli kişilere değil etnik gruba, millete, ırka ya da dine mensup gruba yönelik olması gerekir<sup>106</sup>. Fransız mahkemelerinin bu uygulamasına örnek olarak Charlie Hebdo davası verilebilir. Söz konusu davada Fransa'da yayın hayatını sürdüren siyasi mizah dergisi Charlie Hebdo, Danimarka'da Hz. Muhammed'in karikatürlerini yayınlayan gazeteye destek vermek amacıyla aynı karikatürleri yayınlamış, daha sonraki sayısında da Hz. Muhammed' yer vermiştir. Çeşitli Müslüman organizasyonlar tarafından derginin yasaklanması amacıyla girişimlerde bulunulmuş ve bu konuda yargı merciinin önüne gidilmiş olsa da bu talep mahkemeler önünde 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanununda yer alan sıkı şartların gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>107</sup>.

### 3. İtalya

Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik suçu, İtalyan Ceza Kanununda özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabın Kamu Düzenine Karşı Suçların düzenlendiği 5. Bölümünde 415. maddede, kanunlara itaatsizliğe tahrik suçu ile birlikte

<sup>104</sup> [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=7117A17B3F02464AD9163F853E DBA567.tpdjo09v\\_3?idArticle=LEGIARTI000026268340&cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=20121012](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=7117A17B3F02464AD9163F853E DBA567.tpdjo09v_3?idArticle=LEGIARTI000026268340&cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=20121012)

<sup>105</sup> Esther Janssen, "Limits to Expression on Religion in France, **Agama & Religiusitas di Eropa**, **Jornel of European Studies**, Vol. V-nr. 1, 2009, s. 27.

<sup>106</sup> *Ibid.*, s. 36.

<sup>107</sup> *Ibid.*, s. 29.

düzenlenmiştir. Madde şöyledir: “*Her kim kamu düzenine ilişkin kanunlara itaatsizliğe ya da sosyal sınıflar arasında kine alenen tahrik ederse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”<sup>108</sup>

#### 4. İngiltere

1965 tarihinde 6 bölümden oluşan “Race Relations Act” İngiltere hükümeti tarafından yayınlanmıştır. 6 paragraftan oluşan bu düzenlemede ırksal düşmanlığa tahrik cezalandırılıyordu. 1965 tarihli Race Relations Act ile, BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin yükümlülüklerinin yerine getirmek amacı taşınarak, konuşmacı ya da yayıncının ırkçı nefreti kışkırtıcı eylemi yasa dışı hale getirilmişti. 1930’larda gelişen halka açık, inandırıcı ve etkin Nazizm düşüncesine karşı çıkarılmış olan bu yasa, ırkçı ve anti-semitik propagandayı azaltmayı amaçlamaktaydı<sup>109</sup>. 1965 tarihli “Race Relations Act” ile bir ırka karşı düşmanlığı tahrik eden tehdit edici, kötöleyici ya da aşağılayıcı kelimelerin kullanımı, bu tarz içerikli yayınların basımı ve dağıtımı cezalandırılmaktaydı. Söz konusu suçlarda soruşturmanın yapılabilmesi için Başsavcılığın izni gerekmekteydi; cezalandırmaya gidildiğinde ise söz konusu suçları işleyen kişiler 200 ila 1000 pound arasında değişen ceza ödemekte ve 6 aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Kamu barışını bozan ya da bozmayı amaçlayan tehdit edici, kötöleyici ya da aşağılayıcı kavramlarının kullanımı, cezai kamu düzeni hükümlerinden kaynaklanmaktaydı<sup>110</sup>. Bu düzenleme ırksal kini/düşmanlığı tahrik eden ırksal kötölemeyi içermekte ve bu bağlamda başlı başına ırksal kin suç olarak düzenlenmemekteydi.

1976 tarihinde, Race Relations Act’te bulunan bu hüküm 1936 tarihli Public Order Act’in 5A bölümüne taşındı. Bu değişiklik yapılırca, ırkçı nefret uyandırmak için kastın olması şartı kaldırıldı ve ırkçı nefreti tahrik suçunun oluşabilmesi için nesnel şartların bulunması yeterli sayıldı. Bu değişimin yapılmasının iki sebebi bulunmaktaydı. İlk olarak ırksal kötöleme olayları azalmak yerine artıyordu ikinci olarak ise nefret suçu işleyen kişilerin bu suçu işleme yöntemleri gelişmişti. Görüşlerini artık kamuya açık tartışmalarda dile getiriyorlar ve bu görüşleri için

<sup>108</sup> Gökçen, s. 47, Ayrıca bkz. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36766>

<sup>109</sup> Nathan Courtney, “British and United States Hate Speech Legislation: A Comparison”, **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 19, 1993, s. 728.

<sup>110</sup> Katharine Gelber, **Speaking Back: The Free Speech v. Hate Speech Debate**, Philadelphia, USA: John Benjamins Publishing Company, 2002, s. 104.

sempati toplarlarken ırksal düşmanlığa/kine tahrik suçunu işlediklerini reddediyorlardı<sup>111</sup>.

1985 tarihinde “Public Order Act”te bu aksaklığın giderilmesi amacıyla sadece ırksal kin/düşmanlığı içeren ifadeler başlı başına cezalandırılması yönünde görüş sunuldu. Fakat bu görüş hoşla gitmeyen ifadeler olsa dahi ifade özgürlüğünün mantıklı kullanımı korunmalı görüşü nedeniyle ilk olarak kabul edilmedi. Fakat bu görüşe rağmen 1986 tarihli Public Order Act ile 1936 tarihli Public Order Act’te yer alan 5A maddesi kaldırılarak, 1986 tarihli Public Order Act’te bulunan 3. Bölümde 12 madde ile ırkçı nefret düzenlenmiş ve 17. maddede, “*Bu bölümdeki ırkçı nefret, kişilerin renk, ırk, milliyet (vatandaşlık dahil) ya da etnik ya da ulusal köken farklılığına dayanarak bir gruba karşı düşmanlık beslemek anlamına geleceği*”<sup>112</sup> belirtilmiştir. 17. maddede tanımlama yapılmasının ardından kasıtlı ya da muhtemel olarak ırkçı nefrete tahrik 18. madde ile 22. madde arasında düzenlenmiştir. 18. madde ve 22. madde arasında düzenlenmiş olan ırkçı nefreti tahrik eden eylemler; kelime kullanımı, davranışlar, yazılı materyallerin teşhiri, yazılı materyallerin dağıtımı ve yayınlanması, halka açık performans gösterileri, kayıtların dağıtımı, gösterimi, oynatılması, programların yayınlanmasından oluşmaktadır. 18. madde ile 22. madde arasında düzenlenmiş eylemlerin suç oluşturması için “*Kişinin yapmış olduğu tehdit edici, aşağılayıcı ve kötüleyici eylemleri ırksal nefreti tahrik amaçlı yapmış olması ya da böylece ırksal nefretin muhtemelen tahrik edileceği tüm koşullar göz önüne alınmalıdır.*”<sup>113</sup> Getirilmiş olan bu düzenleme ile böylece ırksal nefreti tahrik etmenin kast edilmesi ile ırksal nefretin muhtemelen tahrik edecek sözlerin kullanımı cezalandırılmaktadır<sup>114</sup>. 22. madde ve 25. madde arasında ırksal tahrik edici materyaller düzenlenmiş, 26. madde ve 29. madde arasında da ek düzenlemeler getirilmiştir<sup>115</sup>.

Yapılmış olan kanuni düzenlemelere bakıldığında düzenlemeler ırksal kine tahriki içermekte olup, renk, ırk, millet, etnik ya da milli kökeni içermekle beraber dini içermemektedir. Fakat Sihler, Yahudiler etnik bir kökenin içinde yer almaları sebebiyle korunurken, Müslümanlar korunmamaktadır. Lordlar kamarasının 1983 tarihinde Mandala v. Dowell Lee kararında etnik gruptan ne anlaşılacağı açıkça

<sup>111</sup> Gelber, s. 104.

<sup>112</sup> Maddenin İngilizce metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/section/17>

<sup>113</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/contents>

<sup>114</sup> Gelber, s. 105.

<sup>115</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/contents>



anlatılmıştır. Burada verilmiş olan karara göre Sihler, Yahudiler, Çingeneler ve Rastafaryanlar etnik grup tanımının içine girerlerken; 1988 tarihli Nyazi v. Rymans Ltd. kararında ise özellikle Müslümanlar etnik grup tanımının dışında bırakılmışlardır. Temyiz Mahkemesinin 1991 tarihli kararında çoğunluk kararı ile Rastfaryanlar bir etnik grup sayılırken Cre v. Precision kararında Müslümanlara karşı ayrımcılık kanuna aykırı bulunmamıştır<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Tariq Modood, "Muslims, Incitement to Hatred and the Law", **Liberalism, Multiculturalism, and Toleration** / edited by John Horton, New York: St. Martin's Press, 1993, s. 139.

## İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU

### I. TARİHSEL GELİŞİM

#### A. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın 216/ 1. maddesinde yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ilişkin düzenlemelere tanzimat öncesi ve sonrası dönemde rastlanılmamış olmasına rağmen, tanzimat öncesi dönemde tahrik kavramının iştirakten bağımsız olarak nitelendiği ve devletin birliğine yönelik tahriklerin cezalandırıldığı görülmektedir. Tanzimat sonrası dönemde ise tahrik kavramı daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna biraz daha yaklaşan düzenlemelere yer verilmiştir. Fakat cumhuriyet öncesi dönemdeki mevzuata bakıldığında bu düzenlemelerin de devletin birliğine yönelik olduğu görülmektedir.

Cumhuriyet döneminde ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından yapılan ilk düzenleme 765 sayılı TCK'nın 312. maddesinde cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek tarzda kin ve adavete tahrik suçudur, 1981 yılında maddede 2370 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile suç halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ismini almıştır. Söz konusu suç, 765 sayılı TCK döneminde 2002 yılında 4744 sayılı kanunla değişikliğe uğramasının ardından, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girişi ile günümüzdeki halini almıştır.

#### B. Tanzimat Öncesi

İslam hukukunda tahrikin iştirakten ayrı, bağımsız suç olarak düzenlendiği belirli fiiller bulunmaktadır. Nitekim, *“katili katle teşvik eden şahıs, mübaşerten katil olmadığından hakkında kısas lazım gelmez. Belki bu hareketinden dolayı şiddetli bir*

*tazire müstehak olur.*"<sup>117</sup> Bu hükümden de anlaşılacağı gibi teşvik, iştirak hali olarak kabul edilmemekte ve adam öldürmeden bağımsız olarak cezalandırılmaktadır.

Osmanlı kanunnamelerinde ve fermanlarında tahrike bazen özel suç biçiminde, bazen iştirak çeşitlerinden biri olarak yer verilmiştir. Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesinin 37. maddesine "... ve esir... ayardanı ... asalar"<sup>118</sup> hükmü koyularak, Bayraktar'a (1977) göre tahrik soyut ve belirsiz bir biçimde ifade edilmiş ve belirli nitelikteki kimseye yönelik durum ele alınmıştır.

Devlet yönetiminde, tahrik hali daha çok isyana bağlı tutularak özel suç halinde düzenlenmiştir. Padişahlar tazir hakkına dayanarak isyana tahrik edenleri hatta isyan çıkartma şüphesi olanları ölüm cezasına çaptırmışlardır<sup>119</sup>. Padişahların kötü yollara itilmemelerini sağlamak, iktidarın kötüye kullanılmasını önlemek için, Padişahın fesada sevk edilmesi hali de cezalandırılmıştır<sup>120</sup>.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna benzer hükümlerin Tanzimat öncesi Osmanlı Hukukunda görülmediği söylenebilir. Bu dönemde tahrik iştiraktan bağımsız bir suç olarak nitelendirilmesine rağmen daha çok devletin birliğini yönelik tahrikin cezalandırılması düzenlenmiştir.

Tahrikin özel suça ilişkin olarak da olsa ilk düzenlenişine 1253 tarihli Askeri Ceza Kanununda rastlanmaktadır. Bu kanununun 2. bendinin 6. maddesinde muhalefet ve mukavemetle neticelenen itaatsizliğe tahrik; 5. bendinin 2. faslının 2. maddesinde şakavet ve adem-i itaate tahrik; 11. bendinin 1. maddesinde firara tahrik; 16. bendinin 5. maddesinde canibi düşmana firara sevk; 18. bendinin 1. maddesinde adam ayartmak fiilleri ağır müeyyideler altına alınmıştır<sup>121</sup>.

### C. Tanzimat Sonrası

Tanzimat Osmanlı Devletinde ortaya çıkan reform ihtiyacının uygulamaya geçmiş önemli bir dönemini oluşturmaktadır. Bu reform çabaları sosyal alanda ve hukuk alanında kendini göstermiştir.

<sup>117</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuki İslamiye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu**, C.III, İstanbul, 1950, s.71

<sup>118</sup> Bayraktar, s.61'den Bahriye Üçok, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam ve Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, III, (AHFM, 1947, c.IV,sy.1-4) s.66.

<sup>119</sup> Ahmet Mumcu, **Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**, Ankara: Ajans- Türk Matbaası, 1963, s.89.

<sup>120</sup> **Ibid.**

<sup>121</sup> Bayraktar, s. 62'den Sevig, V.R, **Askeri Adalet**, 1. Ks, Ankara, 1955, s. 100-186.

Tanzimat Fermanının ilanından 6 ay sonra 1. Rebiülevvel 1256'da ( 3 Mayıs 1840) Ceza Kanunu yayınlanmıştır. Kanun, bir mukaddime, 13 fasıl bu fasıllarda yer alan 42 maddeden ve bir hatimeden oluşmaktadır. Kanunda konumuzu teşkil eden halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu düzenleyen maddenin bulunmamasına rağmen bu konuya benzer olarak 1. fasılda padişaha ihanet, devlet aleyhine fitne çıkarmak; 2. fasılda ise Devlet-i aliye ve onun kanun ve nizamlarına aykırı hareket edilmesi için propaganda suçu ile başkalarını devlete isyana davet edip onlara silah ve barut sağlama cürmü düzenlenmiştir<sup>122</sup>.

1267 (1851) tarihinde 1256 tarihli Kanun-ı Ceza'nın eksikliklerini gidermek amacıyla Kanun-ı Cedit çıkarılmıştır. Bu kanun bir mukaddime, üç fasıl ve 43 maddeden ibarettir. 1267 tarihli Kanun-ı Cedit 1256 tarihli Kanun-ı Ceza'nın bir nevi tekrarıdır.

18 Şubat 1856 tarihinde Islahat Fermanının ardından, bu fermanla yer alan bir talimat gereğince 28 Zilhece 1274 tarihinde Ceza Kanunname-i Humayunu yayınlanmıştır. 1256 ve 1267 tarihli kanunlardan gelen hükümleri de içerisinde taşıyan bu kanun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak yazılmış, 4 Haziran 1911 ve 11 Mayıs 1914 tarihlerinde çok esaslı değişikliklere uğramıştır<sup>123</sup>. Bu kanun 4 fasla ayrılan mukaddimeden, birinci babı 16 fasla, ikinci babı 12 fasla ayrılan ve son babı fasla ayrılmayan üç bapta oluşmaktadır. Birinci bapta ammeye karşı, ikinci bapta şahıslar aleyhine, üçüncü bapta da kabahatlerle ilgili suçlara yer verilmiştir. Bu kanunun birinci faslında devletin dış güvenliğini, ikinci fasılda iç güvenliğini ihlal eden hükümler bulunmaktadır.

216/1. maddesindeki suçun benzeri bu kanunun birinci babının "Devlet-i Aliyye'nin Emniyet-i Dahiliyesini İhlal Eden Cinayet ve Cünhalar" başlıklı ikinci fasılının 56. ve 57. maddelerinde düzenlenmiştir. "Ahalinin yekdiğeri aleyhine silahlı mukateleye tahrik edilmesi" hükmünü düzenleyen 56. Madde şu şekildedir: "*Her kim memalik-i mahruse ahalisini yek diğeri aleyhinde silahlandırarak mukateleye tahrik ve iğraya veyahut bazı mahallerde gasp ve garet ve tahrib-i memleket ve katl-i nüfus ef'alini ikaa mütecasir olup kazıyyei fesat tamamıyla filer çıkar veyahut maddei*

<sup>122</sup> Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Müeyyideler**, İstanbul, 1989, s. 20.

<sup>123</sup> **Ibid.**, s. 14.

*fesadın icrasına başlanmış olur ise ol kimse kezalik idam olunur*<sup>124</sup>”. Fesat olarak nitelenen bu eylemlere tahrik 57. Maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “*Balada muharrer 55.ve 56. Maddelerde beyan olunan fesatlardan birini birtakım kişilerle birlikte olarak icra eder veyahut icrasına tasaddi eyler ise o cemiyet-i şekavete dahil bulunanlardan asıl reis-i ekşiya ve muharrik-i mefsedet olanlar her nerede tutulur ise idam olunup sairlerden biri dahi mevki-i cinayette ahzü girift olanlar madde-i fesatta tebeyyün edecek cinayet ve methallerin derecatına göre müebbeden veya muvakkaten küreğe vazolunur.*”<sup>125</sup>

Aynı kanunun tahriki genel bir suç biçiminde düzenleyen 66. maddesinde ise “*Her kim meydan ve esvakta ve mecmuu nas olan mahallerde gerek nutuk irad ederek ve gerek yafta yapıştırmak veyahut matbu varaka neşreyleyerek ahali ve sekeneyi işbu fasılda beyan olunan cinayetleri işlemeye doğrudan doğruya tahrik ederse ol cinayetlerin fiilen mürtekibi gibi mücazat olunur. Fakat zikrolunan tahrikatın bir güne eseri fiilisi zuhur etmesse nefyi ebed ceza ile mücazat kılınır.*”<sup>126</sup> Maddeye eklenen 19 Zilkade 1309 tarihli birinci zeylde “*ve bu makule tahrikat ve ifsadata dair matbu evrak ve resaili muzırrayı neşretmek üzere nezdinde hıfz edip te henüz neşredememiş olan şahıs 5 seneden akal olmamak üzere kalebent edilir.*”; 7 Ramazan 1332 tarihli ikinci zeylde ise “*66. Maddede beyan olunan ahval haricinde olarak kavanin ve nizamatı devlete adem-i itaate halkı teşvik ile inzibat ve emniyeti memlekete tehlike iras edecek surette makalat neşredenler veya sunufu muhtelif-i ahaliyş yek diğeri aleyhine tecavüze tahrik ve tahriz yolunda neşriyatta bulunanlar yahut bir içtima-ı umumide veya mecmua-i nas olan mahallerde bu surette irad-ı nutuk eyliyenler 2 aydan 2 seneye kadar hapsolunur ve bunlardan 5 liradan 50 liraya kadar cezai nakti alınır.*” hükümleri bulunmaktadır<sup>127</sup>.

Tahrikin düzenlendiği başka bir hüküm de 26 Rebiülevvel 1330 tarihli Tecemmuat Hakkında kanundur. Nutuk söyleyerek veya matbu olan veya olmayan evrakı duvarlara yapıştırarak veya dağıtarak halkı silahlı olarak veya silahsız biçimde toplanmaya tahrik etmeyi düzenleyen 7. madde şu şekildedir: “*Melc-i nasta iradı nutkederek yahut matbu ve gayri matbu evrakı divarlara yapıştırarak ya tevzi ederek halkı müsellağ veya gayri müsellağ tecemmüe tahrik eden mezkur cürümleri*

<sup>124</sup> Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Müeyyideler*, s. 127

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Bayraktar, s. 62’den Ceza Kanunname-i Hümayunu (yay. Adliye Nezareti, Umuru Cezaiye Müdüriyeti), İstanbul, 1335, s. 30,31.

<sup>127</sup> *Ibid.*

*işleyenler gibi mücazat olunur. Fakat bu tahrikin bir eseri fiilisi zuhur etmediği halde bir haftadan iki aya kadar hapsolunur. Bu kabil tahriki havi evrakı bilerek tabı yahut duvarlara talik ya tevzi edenler faili müşterek addedilir.”<sup>128</sup>*

#### **D. Cumhuriyet Dönemi**

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, 765 sayılı TCK döneminde, TCK'nin ikinci kitabının Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler isimli beşinci babının birinci faslında yer almaktaydı.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 765 sayılı TCK döneminde 3 defa değişikliğe uğramıştır. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği dönemde, 13.3.1926 tarihli resmi gazetede yer alan ilk metin şu şekildeydi: *“Kanunun cürüm addettiği bir fiili alenen meth ve istihsan eden ve halkı kanuna ademi itaate tahrik yahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse bir seneye kadar hapse ve ...liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.”* O dönemde 312. madde tek fıkra halinde; “alenen kanunun cürüm saydığı fiilin methedilmesi”, “halkı kanuna itaatsizliğe” ve “cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik” suç sayılmaktaydı.

Bu hüküm; 9.7.1953 tarihinde ve 6123 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonrası madde şu şekli almıştır: *“Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse üç aydan bir seneye kadar hapis ve ...liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.”* Görüldüğü gibi bu değişiklikle suç tipine dokunulmamış, madde metnindeki “ve” bağlaçları “veya” şekline getirilmiş, dil sadeleştirilerek “alenen” kelimesi yerine “açıkça” terimi alınmıştır ve hapis cezasının alt sınırı 3 ay haline getirilmiştir. Ayrıca 1953 tarihli değişiklikle suçların neşir yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir. Getirilen hüküm şu şekildedir: *“Yukarıdaki fıkroda yazılı suçları neşir yolu ile işleyenlere verilecek ceza bir misli arttırılır.”*

7.1.1981 tarihinde çıkarılan 2370 sayılı kanunla suç düşünce hürriyeti aleyhine genişletilmiş ve 312. madde şu şekli almıştır: *“ Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden*

<sup>128</sup> Kadrettin Oğuzalıcı , **Meriyetteki Osmanlı Mevzuatı** , İstanbul, 1953, s. 7,8.

*kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve ... liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.*

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

*Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311/2. maddede sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli arttırılır.”*

Suç işlemeye tahrik suçunu düzenleyen 311/ 2. maddede ise şu şekildedir: *“Tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli arttırılır. Para cezası hükmolunacak hallerde bu ceza suçun nevine göre ... liraya kadar ağır para cezası olmak üzere tayin olunur.”*

Görüldüğü üzere, 1981 değişikliği sonrası suç tipinin sistemi değiştirilerek tahrikin umumun emniyeti için yapılması suçun ağırlaştırıcı sebebi sayılmıştır.

Bu değişikliğin sebebi hükümetin Milli Güvenlik Konseyine sunduğu gerekçede; *“cürmü açıkça öven kişileri cezalandıran 312/1. maddede yer alan ‘cemiyetlerin muhtelif sınıflarını düşmanlığa tahrik’ eyleminin mücerret cürmün övülmesinden daha ağır bir müeyyide altına alınması gerektiği düşünülerek, günümüzde yaygın bir hale gelen ve çok defa anarşik olaylar diye nitelendirilen suçların kaynağını teşkil eden bölgecilik, ırk, din ve mezhep düşmanlığı kışkırtıcılığı ile birlikete daha ağır bir cezayı öngören 2. bir fıkroda yer alması uygun görülmüştür. Yürürlükteki maddenin 3. fıkrası esas itibarıyla muhafaza edilmiş olmakla beraber, ‘neşir yoluyla’ deyimi yerine 311/ 2. maddesine atıf yapılmak suretiyle, fıkraya açıklık ve işlerlik kazandırılmıştır”* şeklinde belirtilmiştir<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, s. 42’den, Hükümetin 14.11.1980 gün ve 101-518/06799 sayılı ve Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına, Bazı Maddelerine Yeni Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun Tasarısının Madde Gerekçeleri, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı: 92,12.

Avrupa Birliği'ne tam üyelik çabalarının yoğunlaştığı süreçte, mevzuatta değişiklikler yapılmış, bu kapsamda 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanuna göre, 17 Ekim 2001 tarihinden sonra “Uyum Yasaları” üzerinde çalışmalar başlamış ve üç paket ya da uyum yasası Türk hukuk düzenine girmiştir<sup>130</sup>. Bu paketlerden biri olan 19 Şubat 2002 tarihli resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” la TCK'nin 159. ve 312. maddelerinde, Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinde, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 16. maddesinde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 107. ve 128. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklik sonrası 765 sayılı TCK'nin 312. maddesi şu şekli almıştır: “(Değişik madde: 06/02/2002 - 4744 S.K./2. md.) *Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.*

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

*Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.*

*Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311/2. maddede belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.”*

2002 değişikliği sonrası, 1981 değişikliği sonrasındaki metinde ağırlaştırıcı sebep olan hal suçun temel şekli haline getirilmiştir. Bu değişiklik sonrasında suçun oluşumu için sadece tahrik yeterli görülmemiş, bu tahrikin kamu düzenini tehlikeye dönüştürmesi de aranmıştır. Ayrıca “açıkça” terimi yerine, eski metinlerde olduğu gibi, “alenen” terimi maddeye eklenmiştir. Düşüncüyü açıklama özgürlüğünü genişleten bu değişikliklere rağmen “kin ve düşmanlık” yerine “kin veya düşmanlık beslemeye” ibaresinin getirilmesi suçun kapsamının genişletilip genişletilmediğine dair tartışmalara yol açmıştır.

<sup>130</sup> Türkan Yalçın Sancar, “Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.52, sayı 1, 2003, s. 89.



4744 sayılı kanun genel gerekçesinde bu madde de yapılan değişiklikler ile ifade hürriyetinin genişletilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Gerekçe şu şekildedir: “Çağdaş demokrasiler, temel hak ve hürriyetleri sağlamayı hedef alan çoğulcu, katılımcı, düşünceye dayanan ve hoşgörü ortamında gelişen sistemlerdir. Çağımızda insan hakları ve temel hürriyetlerin tanınması, evrensel bir ilgi konusu olmakla kalmamış, bunların güvence altına alınarak aykırı uygulamalardan korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi amacıyla bazı uluslar arası kuruluşlar oluşturulmuştur.

*Temel hak ve hürriyetler, Anayasamızda da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlar arasında düşünce ve ifade hürriyetleri, demokratik rejimin gelişmesi bakımından özel bir öneme sahiptir.*

*Anayasada 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmesi öngörülmek suretiyle bu konuda yeni bir sistem benimsenmiştir. Bu değişiklik, temel hak ve hürriyetler, bu arada düşünce ve ifade hürriyeti bakımından bir genişleme sağlamıştır.*

*Anayasada yapılan değişikliklere uygulama kabiliyeti kazandırılabilmesi, ilgili kanunlarda değişiklik yapılmasını gerektirmektedir. Bu amaçla hazırlanan Tasarı ile Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. Terörle Mücadele Kanununun 7 ve 8. maddelerinde yer alan suçların unsurları, ceza müeyyidesi ile güdülen amaçla orantılı olarak yeniden düzenlenmiş; böylece düşünce ve ifade hürriyetinin genişletilmesi sağlanmıştır.”<sup>131</sup>*

765 sayılı TCK’nın yürürlükten kaldırılarak 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinin ardından da ileride ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu” 5237 sayılı TCK’nın 216. maddesinin fıkrasında düzenlenmiş ve maddede bir takım değişiklikler öngörülmüştür.

<sup>131</sup> İsmail Malkoç, **Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007, s. 1523.

## II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNUN 216/1. MADDESİNDE DÜZENLENEN HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU

### A. Kanuni Hüküm ve Genel Özellikler

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçları” düzenleyen üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan beşinci bölümünde yer almaktadır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun düzenlendiği 216. maddede bu suçla beraber, 2. fıkrada ‘halkın bir kesimini aşağılama’ ve 3. fıkrada ‘dini değerleri aşağılama suçu’ düzenlenmiştir. Bu suçlar haricinde “Kamu Barışına Karşı Suçlar” şunlardır: Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (m. 213), suç işlemeye tahrik (m. 214/1), halkı birbirini öldürmeye tahrik (m.214/2), suçu ve suçluyu övme (m. 215), kanunlara uymamaya tahrik (m. 217), görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma (m. 219), suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme (m. 220/1-5), suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte yardım etme (m. 220/7), suç işlemek amacıyla kurulan örgütün ya da amacının propagandasını yapma (m. 220/8), şapka ve Türk harfleri hakkındaki kanununa muhalefet (m. 222).

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 216. maddenin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “*Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali 218. maddede düzenlenmiştir: “(Değişik: 5377 - 29.6.2005 / m.25) *Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*”

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun gerekçesi ise şu şekildedir: “*Birinci fıkrada tanımlanan “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçu, hukuk devleti olma standardı yüksek olan birçok ülkenin Ceza Kanunlarında yer almaktadır. Hiçbir devlet, vatandaşları arasında, muayyen özelliklere sahip bir*

kesiminin diğerk kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesine seyirci kalamaz.

Öte yandan çağdaş dünyada, gelişmenin temel dinamiği olarak düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti kabul edilmektedir. Bu bağlamda; kişilerin düşündüklerini hür bir ortamda söyleyebilmeleri, demokratik toplumun varlığı için zaruri sayılan unsurlardandır. Söz konusu suç tanımı, bu düşünceler dikkate alınarak yapılmıştır.

Suçlu oluşturan “tahrir”, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail sübjektif olarak da bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmelidir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarfetme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrikin var olması gerekir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.

Kin, “öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hâl”; düşmanlık ise, “husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu” olarak da tanımlanabilir. Şu hâlde kin ve düşmanlık; “husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini oluşturan psikolojik bir hâl” olarak açıklanabilir.

Fıkra metninde; fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç; soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu hâline getirilmiştir. Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir. Bu düzenleme sayesinde “kin ve düşmanlık” ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece “şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler” madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

*Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hâkim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılabacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.*

*Maddenin ikinci fıkrasında halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı bir kesiminin alenen aşağılanması suç sayılmıştır. Suçun oluşması için fıkra da belirtilen özelliklere sahip ve halkın bir kesimini oluşturan gayrimuayyen sayıdaki kişilerin aşağılanması, tahkir edilmesi gerekir. Bu fıkra da, kamu barışını korumak amacıyla halk kesimlerinin alenen aşağılanması, suç olarak tanımlanmıştır.*

*Maddenin üçüncü fıkrasında bir halk kesiminin benimsediği dinî değerlerin alenen aşağılanması, suç hâline getirilmiştir. Fiilin cezalandırılabilmesi için, “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekir.”*

TBMM Adalet Komisyonunda; “Halkın sosyal sınıf, ırk, din ve mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini diğer kesimi aleyhine kamunun güvenliği için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenen 216. maddenin 1. fıkrası Genel Kurulda verilen bir önerge ile “ Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu

*güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” olarak değiştirilmiştir<sup>132</sup>.*

Birinci fıkra TBMM Genel Kurulunda değiştirilip son halini aldığı için bu fıkradaki gerekçe, madde ile uyumlu değildir. 1. fıkranın değişiklik gerekçesi şu şekildedir: “Ülkemizde ifade özgürlüğünün genişletilmesi süreci ve AİHM’in kararlarının bağlayıcılığı da göz önünde tutularak madde metnine ifade özgürlüğünün kapsamını genişletmek amacıyla ‘açık ve yakın tehlike’ koşulu eklenmiştir. Buna göre, söz konusu suçun oluşması için, işlenen fiil nedeniyle kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Açık ve yakın tehlikenin belirlenmesinde, hakimin böyle bir durumun ortaya çıktığına dair somut olguların varlığına ilişkin dayanak noktalarını tespit etmesi ve bunları kararında göstermesi zorunludur.”<sup>133</sup>

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.” 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 216. maddesinin 2. fıkrasındaki halkın bir kesimini aşağılama suçunun karşılığının ise 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinin 3. fıkrası oluşturmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 216. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen dini değerleri aşağılama suçunun ise 765 sayılı Türk Ceza Kanununun olduğu dönemde karşılığı yoktur.

5237 sayılı TCK’nin 216 maddenin 1. fıkrası, 765 sayılı TCK’ye benzer şekilde hüküm altına alınmış olmasına rağmen düşünce özgürlüğünü koruyucu değişiklikleri içermektedir. 765 sayılı TCK döneminde suçun oluşması için tahrikin “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde olması” aranırken, 5237 sayılı TCK döneminde ise tahrikin “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkarması” aranmıştır. Ayrıca 765 sayılı TCK döneminde yer alan “düşmanlığa veya

<sup>132</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları, Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Yargıtay, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları**, C: III, 3. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s.3378, dp 34.

<sup>133</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 9. B., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 342.

kin beslemeye” ibaresi kaldırılarak yerine “kin ve düşmanlığa” ibaresi getirilmiş bunların birbirlerinin alternatif unsuru olma ihtimali ortadan kaldırılmıştır.

## B. Korunan Hukuki Menfaat

### 1. Genel Olarak

Suçun hukuki konusu, suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaat olup, her suçun bir hukuki konusu vardır. Bu konu suçun ihlal ettiği değerdir. Kanun koyucuyu toplumun veya kişilerin yararlarının korunması amacı ile suç tipini belirlemeye sevk eden sebep olarak fonksiyon icra eden hukuki konu ya da bir başka deyişle korunan hukuki menfaat bir ideal olup, maddi bünyeye sahip değildir<sup>134</sup>. Hukuki konu ya da korunan hukuki menfaat, dış dünyanın elle tutulur, gözle görülür maddi varlıkları olarak değil, toplumdaki güvenliğe, sükuna ve var olmanın onuruna dayanan toplumsal düzenin manevi değerleri olarak anlaşılmalıdır<sup>135</sup>.

Doktrinde bu kavramın suçun hukuki konusu, hukuken korunan hak veya yarar, hukuksal yarar, hukuki varlık, hukuksal değer gibi değişik biçimlerde adlandırıldığı görülmektedir<sup>136</sup>. Biz suçun konusu<sup>137</sup> kavramından farklılık teşkil etmesi amacı ile korunan hukuki menfaat kavramını kullanacağız.

<sup>134</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 470’den Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1992, s. 160, 170.

<sup>135</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 148.

<sup>136</sup> Yener Ünver, **Ceza Hukuku İle Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003, s. 49-50.

<sup>137</sup> Nevzat Toroslu suçun konusu ile korunan hukuki menfaat bakımından farklılıkları altı noktada toplamaktadır: 1) Suçun maddi konusu her zaman doğal varlık, yani insan ve cismani şeylerdir. Oysa buna karşılık suçun hukuksal konusu daha geniş bir alanı içerir. 2) Suç teşkil eden hareketin konusunu oluşturması dolayısıyla maddi konu, yalnızca tipik eylem olarak dikkate alınan suça izafe edilirken, yani maddi konunun varlığı suçun varlığını gerektirmez iken, dolaylı da olsa, ceza hukuku korumasının ve suç teşkil eden ihlalin konusunu oluşturduğu için hukuksal konu, bütün olarak dikkate alınan suça, yani cezai bakımdan hukuka aykırı eylem olarak suça izafe edilir. 3) Maddi konu çoğu kez suçun asli veya arızı unsuru iken, hukuksal konu her zaman kanuni tipin dışında kalmakta yani kanuni tipin içinde yer almamaktadır. 4) Maddi konusu bulunmayan suçun varlığına karşın, hukuksal konusu olmayan suç yoktur. 5) Bu iki kavram arasındaki bir fark da şey konusunda ortaya çıkmakta olup, suçun maddi konusu doğalcı bir kurum olarak, yani yaşayan insan hariç hissedilebilir dünyanın herhangi bir kısmını içerirken, suçun hukuksal konusu hukuksal bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Yani hukuksal konu, dış dünyanın hislerle idraki olanaklı veya düşünceyle tanınabilen ve insani bir ihtiyacı karşılamaya elverişli ve nihayet insan iktidarı altına alınmaya olanaklı herhangi bir kısımdır. 6) Aralarında doğrudan doğruya bir ilişki bulunduğu durumlarda dahi, suçun maddi konusu ile hukuksal konusu yalnızca harici bakımdan birbirlerine tetabuk etmekte ve fakat esas açısından birbirlerinden ayrı kalmaya devam etmektedir. Bkz. Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi**

Günümüzde suçların gruplandırılmasında esas alınan ölçüt, genellikle suçla korunan hukuki menfaat olup, aynı hukuki konuyu koruyan suçlar kendi aralarında, hukuki konusunun alt değerleri ve tamamlayıcı ölçütleri dikkate alınarak sistemleştirilirler<sup>138</sup>.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından, kanun koyucunun yapmış olduğu tasnifi ve suçun ihlal ettiği hukuki varlığı dikkate aldığımızda, suçla korunan hukuki menfaat kamu barışıdır.

## 2. Kamu Barışı

Toplum içinde yaşayan bireyin toplumla uyum kabiliyeti bulunmakta olup; birey toplumun bir üyesi olarak, tüm güçlerini özel amaçlarını elde etmek için kullanır ve söz konusu bireysel çabalarını özgür bir şekilde yerine getirirken bu çabalar arasında bir uygunluk ve düzenliliğin bulunması gerekir, çünkü denge ile kendini gösteren bu düzen barışı da beraberinde getirir<sup>139</sup>. Barış içinde ortak faaliyet yürüten herkes insanın yüce amaçlarına saygı göstermek zorunda olup; saygı sağlanamadığı zaman toplumun barışı bozulur ve barış bozulduğunda da tehlike başlamış demektir<sup>140</sup>. Bu sebeple toplumda suç işlenmesine sebep olabilecek tehlikeli durumların ortaya çıkmasını ve toplumun farklı kesimleri arasındaki kin ve düşmanlık duygularının doğmasını önlemek için “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçu düzenlenmiştir. TCK'nın 216/1. maddesindeki suçta halkın sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesi gerekmekte olup, suçun işlenmesi için halkın belirli bir suçu işlemeye tahriki aranmamaktadır.

Açıkladığımız sebeplerle ve maddenin düzenlenmiş olduğu bölüm de dikkate alındığında bu suçla korunan hukuki menfaat kamu barışıdır. Nitekim söz konusu suç tipindeki aleni tahrik hali iştirakten ayrı olarak, azmettirmeden daha kapsamlı

---

**Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 197-198.

<sup>138</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, 1994, s. 1172.

<sup>139</sup> Cihan, s. 111.

<sup>140</sup> **Ibid.**

etkilerinin olması sebebi ile bağımsız olarak cezalandırılmış ve bu sayede kamu barışı korunmak istenmiştir<sup>141</sup>.

Kamu düzeni<sup>142</sup> kavramından daha dar kamu güvenliği<sup>143</sup> kavramından ise daha geniş bir kavram olan kamu barışı, bireyler arasındaki ilişkilerde, hukukun egemen olduğu toplum düzeni olarak anlaşılmalıdır<sup>144</sup>. Soyaslan'a göre ise kamu barışı sosyal hayatın muntazam gidişi, daha iyi görünüşü ve vatandaşın uyumlu huzur içinde yaşamasıdır<sup>145</sup>.

Kamu barışı kavramından genel hukuk güvenliği ve kamu güvenliğine ilişkin bireylerdeki mevcut duygu anlaşılmalı ve halkta mevcut hukuk düzeninin korunması altında yaşadıklarına dair duygu da kamu barışı kavramı içerisinde düşünülmelidir<sup>146</sup>. Söz konusu hüküm ile toplumsal bakımdan zararlı olan tahrikleri, belli toplum kesimlerine karşı düşmanca fiillerin işlenmesini teşvik eden bir ortamın tesisinin önüne geçmek ve böylece barış içindeki ortak hayatın korunmasına hizmet etmek amaçlanmıştır<sup>147</sup>.

Kamu barışı kavramı ile sadece ortak yaşam korunmasına hizmet etmek amaçlanmaz, ayrıca toplumda, hukuk güvenliğinin ve toplum barışının varlığını

<sup>141</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 447.

<sup>142</sup> 765 sayılı TCK m.312/2 döneminde ise suçla korunan hukuksal değer kamu düzeni kavramıydı. Kamu düzeni kavramına çeşitli tanımlar getirilmiş olup geniş anlamda kamu düzeni, toplumun sosyal ve siyasal yapısını kurmasını, karışıklıklar içinde bulunmamasını sulh ve sükun içinde yaşamasını ve düzenli ve uyumlu biçimde gelişmesini belirtmektedir. Kamu düzeninin bu açıdan ele alınışında, toplumun huzur ve sükun içinde bulunuşu kavramın kapsamına girdiği gibi, toplumun gelişimini sağlayan tedbirler, kamu yararı ilkesi, toplumun temel kuralları ve hukuk kurallarının tümü kavramın sınırları içinde bulunmaktadır. Dar anlamda kamu düzeni ise toplumsal hayatın düzenli gidişini, yurttaşların birbiri ile ve devletle olan ilişkilerini uyumlu biçimde ve barış içinde sürdürmelerini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu 1963/193 E., 1964/9 K. Sayılı ve 29.01.1964 T.li kararında da kamu düzeni kavramının "*toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını ifade etmekte olup yurttta güven ve düzenin bozulmasına yer verilmemesi*" şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade ederek dar anlamda kamu düzeni kavramını kabul etmiştir. (AYM kararı için bkz.. [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=87&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=87&content=)) Ya rıtay 8. CD 18.06.1974 ve 1974/2-2 sayılı kararında ise "*Amme nizamı, toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünüdür. Başka deyimle, kamu düzenine karşı işlenen cürümler huzur ve güvenliği tehlikeye koyabilen suçlardandır*" diyerek benzer nitelikte görüş bildirmiştir.

<sup>143</sup> Kamu güvenliği kavramı ise insanların ya da toplulukların yaşayışlarına zarar verebilecek tehlikelere karşı korunmayı ifade etmektedir.

<sup>144</sup> Ahmet Gökçen, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Barışına Karşı Suçlar", **Polis Dergisi**, Sayı: 44, Nisan- Mayıs- Haziran 2005, s. 2.

<sup>145</sup> Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. B., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 525.

<sup>146</sup> Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, s. 69.

<sup>147</sup> **Ibid.**, s. 70.



sürdüğü hususunda fertlerde oluşan duygunun varlığı da aranır<sup>148</sup>. Ancak bu duygunun varlığı, sadece tahrikin yöneldiği toplum açısından değil, tüm toplum açısından aranmalıdır. Söz konusu suç tipinin düzenlemesi ile toplumun içinde bulunduğu kamu barışı korunmaya, toplumun bir kesiminin kendisini dışlanmış hissetmesinin ve diğer kesimine karşı kin ve düşmanlık duymasının önüne geçilmesine çalışılmaktadır. Yani failin kin ve düşmanlığa tahrik ettiği toplum kesimi, tahrike maruz kalan halk kesimi üzerinde fiili hareketlere geçeceği konusunda, korku ve endişe meydana getirmişse, diğer bir ifade ile tahrikin mağduru olan bu kitlede hukuka olan güven sarsılmışsa bu suç gerçekleşir.

Bu suç tipinde özellikle dikkat edilmesi gereken husus ise korunan hukuki menfaatin devlet düzeni olmayıp kamu barışı olduğudur. Yar. 8. CD'nin 05.01.1994 tarihli kararında “*Metnin bütününden, yayın yoluyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan propaganda yapıldığı anlaşıldığına göre, yayıncı sanığın eyleminin TCK'nun değil, Terörle Mücadele Yasasının hükümleri kapsamında nitelendirilmesi gerekir.*” denerek devletin güvenliğine karşı işlenen suçların halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır<sup>149</sup>.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin “*Sanığın yazısında; Türkiye'de Devletin, 1900'lerden bu yana ırkçı bir politika izlediğini, 1946 yılına kadar Türkiye'de jandarma ve polis dayacağı yememiş hiçbir köylü kalmadığını, Anadolu insanının böylesine yaklaşımlar yüzünden çok sıkıntı çektiğini, zarar gördüğünü, insan hakları ihlallerinin 12 Eylül dönemi gibi ara rejim dönemlerinde önemli boyutlara ulaştığını, bu dönemde Kürtçe konuşmanın yasaklandığını, Türk Dil Kurumu'nun kapatıldığını, Güneydoğu'da bölücü terör örgütüne karşı güvenlik güçlerinin mücadelesinin savaş olduğunu ve bölünme tehlikesi taşıdığını, beraberinde göç, yoksulluk, orman ve*

<sup>148</sup> Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, s. 70.

<sup>149</sup> Yar. 8. CD., 1993/11775 E. ve 1994/5 K., 05.01.1994 T. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)), Aynı yönde bkz. Yar. 8. CD'nin 18.05.1994 tarihli kararına göre “*Halkı bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik suçundan sanık Zeynep G.'nin sahibi, sanık Levent Y.'nin sorumlu yazı işleri müdürlü buldukları 'Devrimci Gençlik' adlı aylık derginin 18 sayısının 11. sayfasında yayımlanan davaya konu 'Devlet Kürdistan'da terör estiriyor, kurtuluş ortak mücadeleden geçiyor' başlıklı yazıda Türkiye Cumhuriyeti topraklarından bir bölümü Kürdistan, oradaki terörün Kürt halkının ulusal mücadelesi olarak nitelendirildiği, bu mücadelenin başarıya ulaşması için eleştiri ve önerilerin yer aldığı, böylece yazının 3713 sayılı Kanununun 8. maddesinde tanımlanan hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan propagandayı kapsadığı gözetilmeden suçun nitelendirilmesinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir.*” (Yar. 8. CD., 1994/3563 E. ve 1994/6266 K., 18.05.1994 T.) ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

*evlerin yanması sonucunu getirdiğini yazması eylemi TCK'daki halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturur.”* diyerek verdiği 18. 06. 1996 tarihli kararında suçla korunan hukuki menfaat dikkate alınmamış ve devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar da isabetsiz bir şekilde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kapsamında değerlendirilmiştir<sup>150</sup>.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2005 değişikliği sonrasında da devlet güvenliğine karşı suçları korunan hukuki menfaate aykırı olarak, kamu barışına karşı suçlar kategorisinde değerlendirip halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlendiği yönünde karar verdiği görülmüştür. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 10.11.2009 tarihinde vermiş olduğu kararda “*Sanığın ilçe merkezindeki AKP ilçe binası önünde DEHAP'lı bir gruba yaptığı basın açıklamasında ‘Ulusal ve uluslararası hukuk gereği olarak KADEK lideri Abdullah Öcalan üzerindeki tecrit durumuna son verilmeli, İmralı cezaevi kapatılmalıdır. Yeniden gerginlik ve çatışma ortamına yol açmamak için askeri operasyonlara son verilmeli ve karşılıklı ateşkes sağlanmalıdır.’ şeklindeki sözleri ile terör örgütü elebaşı Abdullah Öcalan'ın durumunu tecrit olarak değerlendirmekte olup, güvenlik güçlerince teröre karşı yürütülen mücadeleye son verilmezse ülkenin tekrar çatışma alanına sokulacağı şeklinde tehdit içeren sözler sarf ederek ve terör örgütünün Türkiye Cumhuriyetine eşit bir güç gibi algılanmasına neden olabilecek şekilde karşılıklı ateşkesten bahsetmek sureti ile ırk veya bölge farklılığı gözeterek halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçunu işlediği anlaşıldığından mahkumiyeti yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi”* bozmayı gerektirmiştir<sup>151</sup>. Söz konusu kararda terör örgütü ve güvenlik güçlerinin çatışmasında ilişkin olarak yapılan görüş açıklamaları devletin güvenliğine ilişkin görüş açıklamaları olmasına rağmen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu işlendiğinden bahsedilmiştir, oysa ki kararda yer alan eylemden açıkça anlaşılacağı üzere farklı sınıf, ırk, din, mezhep ve bölgeye mensup halk kesimleri tahrik edilmemiş, güvenlik güçlerine yönelik olarak ağır eleştiriler getirilmiştir. Bu sebeple kararda belirtilen fiil bakımından halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan söz edilemeyecektir.

<sup>150</sup> Yar. 8. CD., 1996/11624 E. ve 1996/12797 K., 18.10.1996 T. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>151</sup> Yar. 8. CD. 2007/8169 E. ve 2009/14021 K., 10.11.2009 T. (Kararı Aktaran için bkz. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt V, Ankara: Adalet Yayınları, 2010, s. 6198).

## C. Suçun Mevzuatımızda Bulunan Diğer Suçlardan Farklı Yönleri

### 1. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçları” düzenleyen üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan beşinci bölümünde yer alan ve 216. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu, 216. maddenin 2. ve 3. fıkrasında düzenlenmiş olan “Halkın Bir Kesimini Aşağılama” ve “Halkın Bir Kesiminin Benimsediği Dini Değerleri Aşağılama” suçuyla benzer özellikler ve farklılar taşımasının yanı sıra Türk Ceza Kanununun diğer kısım ve bölümlerinde yer alan suçlarla da benzer ve farklı özellikler taşımaktadır.

Konunun genişliği sebebiyle “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçunun benzer suçlardan farkları bakımından değerlendirmede kısıtlamaya gidilerek 122. maddede düzenlenen “Ayrımcılık” suçu, 125. maddenin 3. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen “Kişiye İnanç, Düşünce ve Kanaatlerinden Dolayı Hakaret”, 216. maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen “Halkın Bir Kesimini Aşağılama” ve “Halkın Bir Kesiminin Benimsediği Dini Değerleri Aşağılama” suçları bakımından değerlendirme yapılacaktır.

### 2. Ayrımcılık

Ayrımcılık suçu, Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının, ikinci kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin 122. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

*a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,*

*b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*

*c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,*

*Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”*

Ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. maddeye sonradan 01.07.2005 kabul ve 07.07.2005 yürürlük tarihli 5378 sayılı kanununun 41. maddesi ile özürsüzlük kavramı eklenmiştir.

Ayrımcılık suçunun 765 sayılı Türk Ceza Kanununda karşılığı bulunmamaktadır. Getirilen bu düzenlemeyle Anayasanın 10. maddesinde yer alan “eşitlik” ilkesi koruma altına alınarak, bu ilkeye aykırı davranış müeyyide altına alınmıştır. Anayasanın 10. maddesine göre “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*

*Çocuklar, yaşlılar, özürsüzlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*

*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”*

Türk ceza hukukunda bu suç tipine benzer hüküm ilk kez 12.05.2003 tarihinde meclise sevk edilen 2003 tarihli Türk Ceza Kanununun Hükümet tasarısında yer almaktadır. Bu tasarının 170. maddesinde “*Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, dini mezhep nedeniyle ayırım yaparak;*

- 1- *Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan;*
- 2- *Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmet yapmayı reddeden;*

3- Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen; kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

*Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır.*

*Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.” hükmüne yer verilmiştir<sup>152</sup>.*

Görüldüğü üzere tasarıda ayrımcılık teşkil eden haller tek tek sayılmışken, kanundaki düzenlemede örnek kabilinden verilmiştir.

Ayrımcılık suçunun koruduğu hukuki yarar; insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı haklardan ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesidir.<sup>153</sup> Hüküm temel hak ve özgürlüklerle eşitlik ilkesini güvence altına almaktadır. Her ne kadar gerekçede “*madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir.*” denilerek ayrımcılık oluşturan hareketlerin vatandaşlar arasında bölücülük yapılması anlamına geleceği belirtilerek, suçun kamu barışını koruduğuna ilişkin bir izlenim verilse de; suç asıl olarak kanunda yer aldığı kısım bakımından kişi hürriyetini korumaktadır.

Suçun faili herkes olabilir. Suç faillik bakımından bir özellik taşımamaktadır. 2003 Hükümet Tasarısında tüzel kişilerin de fail olabileceği belirtilmemişse de maddede buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Suçun mağduru herkes olabilir. 2003 Hükümet Tasarısında tüzel kişilerinde bu suçun mağduru olabileceği belirtilmişken kanunda buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Burada tüzel kişiler ancak zarar gören sıfatına sahip olabilir.

<sup>152</sup> A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, No.11, 2006, s. 99.

<sup>153</sup> Süheyl Donay, Mahmut Kaşıkçı, **Açıklamalı- Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2004, s. 178.

Ayrımcılık suçu Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde üç bent halinde yer alan fillerden birinin gerçekleştirilmesi ile oluşur, bu nedenle suç seçimlik hareketli bir suçtur.

Bu hareketler:

1- Bir taşınır ya da taşınmaz malın satılmaması devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması;

2- Besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması;

3- Kişinin olağan herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.

Hareketler icrai şekilde gerçekleştirilebileceği gibi ihmali şekilde de gerçekleştirilebilir. Belirtilen hareketler kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup olmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeniyle gerçekleştirilmiş olmalıdır.

Maddenin “a” bendinde yer alan, kişinin işe alınması veya alınmaması yönündeki ifadededen işe başvuru ve kabul şartlarına ilişkin düzenlemenin ayrımcılık içermesi durumu anlaşılmalıdır<sup>154</sup>. Düzenleme somut olarak belirli bir kişiyi hedef alıyorsa ya da düzenlemeyi gerçekleştiren fail, bu yolla ve taşıdığı özel kastla ayırım yapmış ve bir kimsenin işe alınmasına engel olmuşsa 122. maddede tanımlanan suç gerçekleşmiş olacaktır<sup>155</sup>.

Maddenin “c” bendinde yer alan “kişinin olağan herhangi bir hukuki faaliyette bulunmasının engellenmesi” ifadesi soyut ve geniş olarak seçilmiştir. Bu ifadedeki kişinin parasal yarar sağlamasına dayanan her türlü alışveriş ya da sözleşme ilişkisi olağan ekonomik etkinlik olarak nitelenmeli, kişiye parasal bir yarar sağlamayan ödünç para verme veya emanet vermek vb. etkinlikler olağan ekonomik faaliyet

---

<sup>154</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C. I, 3. B., İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2006, s. 513.

<sup>155</sup> **Ibid.**

olarak değerlendirilmemelidir<sup>156</sup>. Ersan Şen'e göre kanunda yer alan bu ifade kanunilik prensibine aykırılık taşımakta ve kıyasa yol açacak biçimde geniş yorum yapılmasına sebep olmaktadır<sup>157</sup>.

Maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...*” ifadesinden de anlaşılacağı gibi ayrımcılık suçu özel kast ile işlenebilen bir suçtur. Fail maddede sayılan seçimlik hareketleri, ayrımcılık yapma bilinç ve iradesiyle işlemelidir.

“... ve benzeri sebeplerle” kavramının kullanılması “kanunilik” prensibinin ihlaline sebep olabilme ihtimali, “kıyas” kurumunun önünü açabilecek olması ve kavramlarla eylemlerin somutlaştırılmaması sebebiyle eleştirilmiştir<sup>158</sup>.

“Halkı kin ve düşmanlığa tahrik ” suçunu düzenleyen 216. maddede kamu güvenliğini açık ve yakın tehlikeye düşüren tahrikin suç sayılacağı belirtilerek kamu barışı korunmuştur. “Ayrımcılık” suçunu düzenleyen 122. maddede ise eşitlik ilkesinin korunduğu ve maddenin kanunda yer aldığı kısımdan da anlaşılacağı gibi hükmün kişinin hürriyetine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Ayrımcılık içeren davranışlarda kamu güvenliğini açık bir şekilde tehlikeye düşüren nitelik bulunması gerekmemektedir.

Şen'e göre ayrımcılık yapmaması ve bireyler arasında eşitlik prensibini uygulaması gerekenler, devlet, bu kapsam da kamu kurum ve kuruluşları ile hukuk kuralları olarak görülmeli, bunun dışında bireyler bakımından Türk Ceza Kanununun 216. Maddesinin düzenlenme amacı ve mantığını aşacak şekilde bir ayrımcılık suçu kabul edilmemelidir.<sup>159</sup> Fakat belirttiğimiz gibi 216. maddenin amacı kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasını önlemek iken 122. maddenin amacı ise kişi hürriyetini güvence altına alarak eşitlik prensibinin sağlanmasıdır. Bu nedenle hukukumuzda bu tür bir düzenlemeye de ayrıca ihtiyaç bulunmaktadır.

<sup>156</sup> Necati Meran, **Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar**, 2. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 422.

<sup>157</sup> Şen, s. 515.

<sup>158</sup> Bkz. Şen, s. 517, ayrıca bkz. İsmail Malkoç, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler- Özel Hükümler**, C. I, 3. B, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2008, s. 1086.

<sup>159</sup> Şen, s. 511.

Bu düzenlemeye ihtiyaç bulunmakla beraber maddede yer alan "... ve benzeri..." gibi ifadelerin kaldırılarak kanunilik ilkesine ilişkin aykırılığın ortadan kaldırılması ve belirtilen seçimlik hareketlerin somutlaştırılması gerekmektedir.

### 3. Hakaret

5237 sayılı Türk Ceza kanununda kişiye inanç, düşünce ve kanaatlerinden dolayı hakaret 125/3. maddenin (b) ve (c) bentlerinde ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmektedir.

125. madde Türk Ceza Kanununun 2. kitabının 8. bölümünde şerefe karşı suçlar başlığı altında bulunur. Bu maddenin 1. fıkrasında suçun öğeleri, 2. fıkrasında suçun huzura eşit sayılan araçlarla işlenmesi, 3. fıkrasında nitelikli haller, 4. fıkrasında suçun alenen işlenmesi ve son fıkrasında da kamu görevlilerine karşı işlenmesi yer alır.

Bu maddeye 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 ihtilât ederek işlenmesi gerekir.

Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.

*“Hakaret suçunun;*

*a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,*

*b) Dinî, siyasî, sosyal, felsefî inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,*

*c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, İşlenmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.*

*(Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./15.mad) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altında biri oranında artırılır.*

*(Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./15.mad) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan*



*üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin Madde hükümleri uygulanır.”*

Şeref kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır. Fiili şeref kavramından hareket eden yazarlara göre şeref, kişinin şerefli olduğunun gerçek anlamda varlığına yönelik beslediği iyi duygudur<sup>160</sup>. Normatif şeref kavramından hareket eden yazarlara göre şeref, insan onuruna dayanan bir insana haklı olarak tanınan değer ve buna saygı gösterilmesine yönelik taleptir<sup>161</sup>. Öğretilerde egemen olan görüş olan düalist görüşe göre şeref karma bir hukuksal yarar olup bir insanın kendisine karşı beslediği ve başkalarının gözündeki değerini içerir<sup>162</sup>. Toroslu ise bu konuda şerefin objektif ve subjektif yansıması ayrımına gitmektedir<sup>163</sup>.

TCK 125/1. maddesinde “isnat eden” ve “saldıran” kişi tabiri kullanılarak bu suçun faili bakımından bir özellik taşımadığı belirtilmiştir. Tüzel kişiler ise bu suçun faili olamaz.

TCK 125/1. maddesinde “bir kimseye” denilmek suretiyle mağdurun herhangi bir kimse olabileceği belirtilmiştir.

Tüzel kişilerin mağdur olup olamayacağı hakkında iki görüş vardır: Tüzel kişilerin mağdur olamayacağına ilişkin olan görüşe göre tüzel kişilere yapılmış hakaret gerçek kişilere yönelikse cezalandırılır, zira tüzel kişilerin kendilerine özgü korunmaya değer şerefleri yoktur. Tüzel kişilerin mağdur olabileceğine ilişkin görüşe göre tüzel kişilerin medeni haklara ve mal varlığı haklarına sahip olmaları özellikle ekonomik alanda kendilerine özgü bir itibara da sahip olmalarını gerektirir<sup>164</sup>.

Mağdurun belirli ya da belirlenebilir kişi olabilmesi gerekir. Öğretilerdeki çoğunluk görüşüne göre kişi toplulukları da belirli koşullar altında suçun mağduru olabilir<sup>165</sup>. Bunun için ilgili kişi topluluğunun açıkça sınırlandırılmış ve belirlenmiş

<sup>160</sup>Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 5. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 413.

<sup>161</sup> **Ibid.**

<sup>162</sup> **Ibid.**, s. 414.

<sup>163</sup> Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 2. B., Ankara: Savaş Yayınları, 2007, s. 100.

<sup>164</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s. 107.

<sup>165</sup> **Ibid.**, s. 416.

olması, belirli ve teşhis edilebilir kişilerle ilişkilendirilmesi gerekir<sup>166</sup>.Örneğin “Katolikler sahtekar ve yalancıdır.” ifadesi bu suçu oluşturmaz. Burada kişi topluluğunu tahkiriyle birden fazla kişinin tahkiri karıştırılmamalıdır.

Hakaret suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olan “somut bir fiil veya olgu isnat etmek” suretiyle hakaretin varlığı için failin mağdura sadece bir fiil veya olgu isnat etmesi yeterli değildir. Bu fiil ve olgu somut olmalıdır. İsnat edilen somut fiil ya da olgunun başkasının onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelik taşımalıdır.

Hakaret suçunu sövme ile işleniş şeklinde, mağdura “somut fiil ya da olgu” isnat edilmeden, onun sadece bir vasfından bahsedilerek, kötü bir niteliği ya da huyu ifade eden sözlerle veya kişinin bedeni arızası ifade edilerek ya da kişiye bir hastalık izafe edilerek kişinin soyut şekilde tahkir edilmesi söz konusudur<sup>167</sup>.

Suçun huzurda işlenebilmesi için söylenen sözün herhangi bir aracıya gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya mağdur tarafından öğrenilmiş olması gerekir; fail ve mağdurun yüz yüze gelmeleri aranmaz<sup>168</sup>.Suçun mağdura hitaben gönderilmiş mektup, resim vs. gibi araçlarla işlenmesi de huzura eşit sayılmıştır<sup>169</sup>.

Mağdurun gıyabında işlenen hakaretin cezalandırılabilmesi için suçun en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerekir. İhtilat en az 3 kişinin isnat edilen fiil veya olguyu öğrenmeleri demektir, öğrenme olanağı yeterli değildir<sup>170</sup>.

Genel kast yeterlidir. Bir görüşe göre genel kastın yanında aşağılama amacı da bulunmalıdır<sup>171</sup>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 125/3. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde yer alan düzenlemeler konumuzu teşkil eden “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu” ile benzerlik ve farklılıklar göstermektedir.

<sup>166</sup> Tezcan, Erdem, Önok, **Ibid.**, s. 416.

<sup>167</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları, Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Yargıtay, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları**, C: II, 2. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 1922.

<sup>168</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s. 420.

<sup>169</sup> **Ibid.**, s. 422.

<sup>170</sup> **Ibid.**

<sup>171</sup> Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s.114.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 125/3. maddesinin (b) bendinde düzenlenen nitelikli hakaret suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 175/ 3. maddesinde düzenlenmekte ve bu maddede yalnızca din özgürlüğü korunmaktaydı. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda buna ayrıca siyasal, sosyal, felsefi inanç da eklenmiştir.

125/3. maddesinin (c) bendinde ise belli bir kişiye yönelik olarak kutsal sayılan değerlere hakaret edilmesi ceza yaptırımını alanına girmektedir<sup>172</sup>. Bu bakımdan failde kutsal değerleri tahkir etme özel kastı aranmaz, genel kast yeterlidir. Bu nitelikli halin uygulanmasında semavi din olup olmama ya da cemaatleşme aranmaz. Önemli olan hakaret suçunun kişinin mensup olduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi, bu suretle kişinin şeref ve onurunun, dinsel duygularının, bu dinin kutsal saydığı değerler araç olarak kullanılmak suretiyle rencide edilmesidir<sup>173</sup>.

Bu nitelikli hal ile TCK 216/1. fıkrasında olduğu gibi Anayasanın “din ve hürriyet” başlıklı 24., “düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25. ve “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26. maddesi ile AİHS’nin 9. ve 10. maddeleri korunmaktadır.

#### 4. Halkı Bir Kesimini Aşağılama Suçu (TCK m.216/2)

TCK’nın 216. maddesinde 3 ayrı suç tipine yer verilmiştir. “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama” başlığını taşıyan 216. maddenin 2. Fıkrasında “Halkın Bir Kesimini Aşağılama” suçu düzenlenmiştir. 2. fıkraya göre “*Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen bu suç 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddenin 3. fıkrasının karşılığı olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 312. maddesinin 3. fıkrasında yer alan suç “*Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. 312. maddedeki suçun oluşması için halkın bir kısmının aşağılanması yeterli sayılmış ve bu aşağılamanın hangi nedenle yapılması gerektiğine değinilmemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise halkın bir

<sup>172</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s. 433.

<sup>173</sup> Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları, Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Yargıtay, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları**, C:II, 2008, s.1932.

kesiminin “sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak” aşağılanması aranmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak aşağılamanın “alenen” olması aranarak ifade özgürlüğü bakımından bir ilerleme kaydedilmiştir.

216. maddenin 2. fıkrasında yer alan suç işlendiğinde halkın bir kesimi kendisini dışlanmış hissedecek böylece toplum dışına itilen kimselerin suça karışması ve diğer kesimini düşmanca görmesi riski ortaya çıkacaktır<sup>174</sup>. Bu sebeple maddedeki düzenleme ile toplumun bir kesiminin kendisini dışlanmış hissetmesinin ve diğer kesimine karşı kin ve düşmanlık duyması engellenmeye çalışılmaktadır. Ayrıca bu suçla halkın bir kısmını diğer kısmından ayıran ortak değerler ve bu gruba dahil olan her bir bireyin haysiyet ve şerefi korunmak istenmiştir<sup>175</sup>. İzah ettiğimiz nedenlerle suçun tanımında aşağılamanın “kamu barışını bozmaya elverişli olması” yönünde bir şart aranmamasına rağmen suçun yasada düzenlendiği yer ve hükmün gerekçesi dikkate alındığında bu suç ile kamu barışının korunmasının amaçlandığı açıktır.

Halkın bir kesimini aşağılayan kimse bu suçun failidir.

Zafer’e göre bu suçun doğrudan mağduru “aşağılanan halkın bir kesimi” iken dolaylı mağduru ise “kamu”dur<sup>176</sup>. Yaşar ve diğ.’e göre ise bu suçun mağduru tüm toplumdur<sup>177</sup>. Kanaatimizce suçun mağduru halkın belirli bir kesimidir, çünkü işlenen suç ile aşağılanan halk kesimi kendini toplumdaki dışlanmış hissetmekte ve bu halk kesimine mensup her bir bireyin şerefi ve haysiyeti incinmektedir. Suçun mağdurunun kamu ya da toplum olarak kabul edilmesi halinde mağdur bakımından çok geniş bir yoruma sebebiyet verilecektir.

216/2. maddede düzenlenen bu suçun hareket unsurunu “ halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama” oluşturur. Burada sayılan niteliklere 1. fıkradan farklı olarak cinsiyet de eklenmiştir.

<sup>174</sup> Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. V, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 6060.

<sup>175</sup> Hamide Zafer, “Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)”, **İÜHFİM**, C. LXII, No.1-2, 2004,s. 220, Ayrıca bkz. Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2010, s. 525.

<sup>176</sup> Zafer, s. 223.

<sup>177</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6061.

Aşağılama, tahkir etmek, küçük görmek, onur kırmak anlamlarına gelir<sup>178</sup>. Aşağılama fiilinin dikkate alınacak kriter genel ve orta halk tabakasının düşünüş ve anlayışıdır. Kişinin veya halkın bir kısmının kendilerini aşağılanmış veya insanlık onurunun zedelenmiş hissetmesi tek başına önem taşımaz<sup>179</sup>. Maddede hareketin kamu barışını bozması yönünde bir tamamlanma aranmamıştır. Gerekçede “kamu barışını korumak amacıyla halk kesimlerinin alenen aşağılanması, suç olarak tanımlanmıştır.” ifadesi yer almaktadır. Fakat eğer kanun koyucu kamu barışının bozulması şartını aramış bulunsaydı, bu durumda “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçunu düzenleyen 216. maddenin 1. fıkrasındaki “ kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde” ifadesine benzer bir şartı 2. fıkrada da düzenlerdi. Bu nedenle suçun tamamlanması için sadece “aşağılama” fiilinin gerçekleştirilmesi bu bakımdan yeterlidir. Ne var ki burada aşağılama hareketinin elverişli olması ve korunan hukuki menfaate zarar verip vermemesi de araştırılmalıdır.

216. maddenin 2. fıkrasında yer alan suçun oluşabilmesi için aşağılama fiilinin alenen gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Genel kast açısından failin eylemi ile halkın bir kesimini aşağıladığını bilmesi ve bu aşağılamayı istemesi yeterlidir. Suçun işlenmesi bakımından özel kast aranırsa bu durumda öğretide Erman’ın belirttiği gibi<sup>180</sup> faili suç işlemeye yönelten saike itibar edilmiş olunur. Oysa ki yasada failin saikine işaret eden herhangi bir ibare bulunmamaktadır.

TCK’nın 216/2. addesi açısından hukuka uygunluk nedeni diğer fıkralarında da olduğu gibi düşünce hürriyeti olabilir.

TCK’nın 216/2. maddesinde düzenlenen suç, Türk Ceza Kanununun 125. maddesinin (c) bendindeki suçla benzer nitelik taşımasına rağmen 125. maddede düzenlenen suçun mağduru belirli ya da belirlenebilir kimselerdir. Fakat 216. maddenin 2. fıkrası bakımından suçun mağduru belirsiz kimselerdir.

<sup>178</sup> TDK Türkçe Sözlük, 10. Baskı (2005) s. 1884.

<sup>179</sup> Zafer, s. 228, dp64.

<sup>180</sup> Sahir Erman, **Hakaret ve Sövme Suçları**, İstanbul, 1989, s. 181.

Halkın bir kesimi değil de tümü aşağılanmışsa bu durumda Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin 1. fıkrasına göre bir değerlendirme yapılacaktır.

### 5. Dini Değerleri Aşağılama Suçu

Türk Ceza Kanununun 216. maddesinde yer verilen diğer suç tipi 3. fıkrada düzenlenen “dini değerleri aşağılama” suçudur. 216. maddenin 3. fıkrasına göre *“Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Maddenin 3. fıkrasındaki dini değerleri aşağılama suçunun 765 sayılı Türk Ceza Kanununda karşılığı bulunmamaktadır. Fakat düzenleme 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 175. maddesinin 3. fıkrasını da andırmaktadır. Bu maddeye göre *“Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.”* 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 175. maddesinin 3. fıkrası bakımından daha ayrıntılı düzenlemelere yer verilmişken 5237 sayılı kanun bakımından daha genel bir ifade olan “dini değerler” kavramı yeterli bulunmuştur. Ayrıca 765 sayılı kanun döneminde “hakaret”, “kınama”, “tezyif”, “tahkir”, “alaya alma” şeklinde seçimlik hareketler öngörülmüştür.

Halkın bir kesimini aşağılama suçunda korunan hukuki yarar bakımından getirdiğimiz açıklamalar bu suç bakımından da geçerlidir ve korunan hukuki yarar kamu barışıdır. Dini görüşlerin kavgaya dönüşmeden açıklanabilmesi bakımından bu tarz bir koruma gereklidir.

Dini değerleri aşağılayan kişi bu suçun failidir. Fail herkes olabilir.

Bu suçun mağduru, benimsediği dini değerler aşağılanan halkın belli bir kesimidir. Bu suç bakımından da mağdurun tüm toplum ya da kamu olduğu iddia edilmiş olsa da halkın bir kesimini aşağılama suçunda da belirttiğimiz gibi işlenen suç ile dini değerleri aşağılanan halk kesimi kendini toplumdan dışlanmış hissetmekte ve bu halk kesimine mensup her bir bireyin şerefi ve haysiyeti

incinmektedir. Bu sebeple suçun mağdurunun kamu ya da toplum olarak kabul edilmesi halinde mağdur bakımından çok geniş bir yoruma sebebiyet verilecektir.

Suçun maddi unsuru halkın belli bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamaktadır. Bir kesimin benimsediği değerlerden; inanç sistemi, dini büyükler, ibadet yer ve şekilleri gibi o inancı temsil eden ve inanlarca dini kıymet atfedilen her türlü şey anlaşılmalıdır<sup>181</sup>.

Aşağılama fiilinin alenen gerçekleştirilmesi gerekir.

Gerçekleştirilen aşağılama fiilinin kamu barışını bozmaya elverişli nitelikte olması gerekir. Aşağılama fiili bireylerin taşıdıkları, barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duyguyu zedelemesi veya zedeleme ihtimalini somut bir biçimde ortaya koymasındır<sup>182</sup>.

Suç belli bir kimseyi hedef alarak gerçekleştirilmişse bu durumda halkın bir kesimini aşağılama suçunda da belirttiğimiz gibi TCK'nın 125. maddesinin (c) bendindeki hakaret suçu işlenmiş olacaktır.

Manevi unsur bakımından suç için genel kast yeterlidir. Failin aşağıladığı dini değerleri halkın bir kısmının veya tamamının benimsediğini bilmesi ve bu değerleri alenen aşağılamayı istemesi gerekir.

Bu suç bakımından da hukuka uygunluk nedeni ifade özgürlüğü olabilecektir.

## **D. Fail ve Mağdur**

### **1. Fail**

Suçun düzenlendiği fıkarda fail; *“Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse”* olarak tanımlanmıştır. Bu yüzden fail, ceza

<sup>181</sup> Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3. B., Ankara: Asil Yayın, 2004, s.887.

<sup>182</sup> Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları, Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Yargıtay, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları**, C. III, Ankara: Seçkin Yayıncılık 2010, s. 3386, Ayrıca bkz. Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C:IV, Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2009, s. 4354.

sorumluluğu olan herhangi bir şahıs olabilir. Failin TCK anlamında kamu görevlisi olması durumunda şartları bulunduğu takdirde TCK'nin 266. maddesi<sup>183</sup> uygulanır.

## 2. Mağdur

Suçun mağduru 216/1. maddedeki özellikleri taşıyan halk kesimidir. Bu kitle tahrik edilen gruptan sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge bakımından farklı olmalı ve tahrik edilen grubun husumeti kendilerine yöneltilmelidir. Tahrik edilen halk kesiminde tahrikten önce kin ve düşmanlık hislerinin olup olmaması önem taşımaz.

Fiilin suçu oluşturması için grupların gruplara karşı tahrik edilmesi gerekir. En az kaç kişinin halk kesimi olarak nitelendirilebileceği somut olayda hakim tarafından tespit edilecektir. Suçun oluşması için birbirine karşı tahrik edilen halk kesimleri, Türk toplumunun bir parçası olmalıdır. Bu grup içerisindeki bireylerin kendilerini ülkesinde buldukları devletle özdeşleştirmeleri veya kendilerini o devlet halkının bir parçası olarak görüp görmemeleri önemli değildir<sup>184</sup>. Yabancı ülke halklarına karşı bir grubun tahrik edilmesi bu suçu oluşturmayacaktır.

Suç tipi bakımından tahrik edilen halk kesimi kavramı ferden belirsiz bir yığın da olabilir ve yığın suçun unsurunu da oluşturabilir. Yığın yaşları, cinsiyetleri, meslekleri birbirine uymayan muhtelif ahlak ve kültürlerde birçok insanın oluşturduğu bağdaşık olmayan bir birlik olup; bu birlik genellikle birkaç şahsın hareketlerine bağlıdır ve bu şahıslar, yığını sevk ve idare ederler<sup>185</sup>.

Yığına dahil olan fertler yığının içinde erimiş durumda olup; belli olmayan, üzerinde düşünülmeyen bir fikir ve hareketin esiridirler ve taklit ile içgüdünün oynadığı rol sebebi ile fertlerin irade hakimiyeti ve kontrolü mevcut değildir. Yığını kontrol eden kimsenin karakter ve ahlakına göre taklit, içgüdü ve telkin bir anda doğan ve devam eden heyecanlarla yakıcı, yıkıcı, önüne geçilemez bir güç haline gelir<sup>186</sup>. Değişik ahlak ve kültürlerde birçok insanın oluşturduğu yığının, taklit ve içgüdülerinin oynadığı sebeplerle yönlendirilmesi sonucunda da halkı kin ve

<sup>183</sup> TCK 266. maddeye göre “Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”

<sup>184</sup> Zafer, s. 223.

<sup>185</sup> Servet Sezgin, “ Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Yığın ve Yığınlarda Cezai Mesuliyet”, C. 43 **Adalet Dergisi**, 1952, s. 17.

<sup>186</sup> **Ibid.**



düşmanlığa tahrik suçu oluşacaktır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 23.09.1998 tarihli kararında da belirttiği üzere “*yığın denen topluluk birbirinin etki alanına girebileceği gibi, adli psikolojide belirtildiği üzere lider konumundaki kişinin cesaret ve söylemine hayran kalır; bazen bir haykırış, kişiyi sarsar, kişinin psikolojik kudreti belirli noktalarda yoğunlaşır; irade ögesi kaybolur; bundan sonra yığınların eğilim ve hareketi düşünceden ziyade içgüdüye bağlıdır ve yığın artık sürükleyicinin etkisi altındadır.*”<sup>187</sup>

Tahrikin edilen halk kesiminin tamamının sağır ve dilsiz olması veya isnat yeteneğinin bulunmaması durumunda suç meydana gelmez.

Tahrike maruz kalan gruba mensup kişilerin isnat yeteneğinin bulunmaması, sağır ve dilsiz olması durumunda ise suç oluşacaktır. Çünkü tahrikin mağduru olan halk kesiminin belirli olması yeterli olup ayrıca bu kesimin tahriki algılamış olmaları gerekmez.

Gruplar, tahrik sonucu birbirlerine karşı şiddet hareketlerine girişirlerse bu durumda diğer şartları da mevcut ise TCK m. 214'teki suç işlemeye tahrik suçu oluşur.

#### a) Halk

Halk sözlükte “1- Aynı ülkede yaşayan, aynı kültür özelliklerine sahip olan, aynı uyruktaki insan topluluğu, 2- Aynı soydan gelen, ayır ülkelerin uyruğu olarak yaşayan insan topluluğu, 3- Bir ülke içerisinde yaşayan değişik soylardan gelen insan topluluklarının her biri ” anlamlarına gelmektedir<sup>188</sup>.

Halk terimi sosyolojide toplumu meydana getiren unsurları açıklamak için kullanılır. Sosyolojik anlamda halk; üyeleri yoğun bir şekilde bir araya toplanmış olmayan, bir arada bulunmaları tesadüfi olmaktan uzak, sürekli fakat teşkilatsız ve yaygın bir gruptur<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> Yar. 8. CD. 1998/10296 E., 1998/11672 K. 23.09.1998 T. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>188</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5064a336d68324.10693581](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5064a336d68324.10693581)

<sup>189</sup> Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, s. 72., Sosyal gruplar; teşkilatlı-teşkilatsız, dışa açık- dışa kapalı gruplar olarak ayrılır. Teşkilatsız gruplara “kalabalık ve halk”, teşkilatlı gruplara ise resmi ve gayri resmi, açık ve kapalı gruplar adı verilebilir. Bir topluluğun sosyal bir grup olarak nitelendirilebilmesi için: Birden fazla kişi olmalı; grup üyeleri kendilerini gruba ait

Halk, aynı ülkede oturan, ortak menfaatleri bulunan büyük bir grup olarak tanımlanabileceği gibi, ayrıca aydınların ve resmi görevlilerin dışında kalan ve idare edilenler anlamını da taşımaktadır<sup>190</sup>.

Ceza Kanununa göre ise halkı oluşturan toplum bir bütündür ve dini, mezhebi, etnik kökeni, tabiiyeti, bölgesi ne olursa olsun ortak duygu, menfaat, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insanlar grubu halkı oluşturur<sup>191</sup>.

### **b) Sınıf**

Tüm toplumlar, bir takım hiyerarşi ve tabakalar içermekte olup, bu hiyerarşi ve tabakalar içerisinde belirli sosyal sınıflar, büyük fert ve aile grupları göze çarpmaktadır. Bu sosyal sınıflar arasındaki ilişkilerin sağlıklı olması kamu barışının sağlanması bakımından önemlidir.

Çocuğun içine doğduğu aile onun için ilk gruptur. Çocuk bir yandan kendi ailesi ile ilişki kurarken bir yandan da diğer aile grupları, arkadaş grupları ile de ilişki kurmaktadır. Çocuk büyüdükçe diğer grup türleri ile de temas ederken hısımlık denen ailesinin yer aldığı daha geniş bir toplum türü ile de temas etmektedir. Hısımlık insan tavır ve hareketlerinin belirlenmesi ile sosyal grupların oluşmasında rol oynayan çok önemli bir kurumdur. Hısımlık ilkel toplumlarda toplum örf ve adetlerini belirlerken genişleyen kalabalıklaşan toplumlarda ise tabakalaşmayı oluşturmaktadır<sup>192</sup>.

Genel anlamda sınıf terimi tabakalaşma ile eş anlamlı olarak kullanılmakta olup; en genel anlamda sınıf, benzer ekonomik güçlere sahip, hayat biçimleri birbirine benzer, kültür ve eğilimleri aynı özellikler taşıyan, ekonomik menfaatleri ortak olan ve bütün bu hususlarda aynı durumlarda olmanın şuuruna sahip bulunan

---

hissetmeli; belirli karşılıklı rollere, statülere, değer hükümlerine ve inançlara sahip olma duygusu olmalı; ortak özelliklerin farkında olarak karşılıklı ilişki içinde olunmalıdır.

<sup>190</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 456.

<sup>191</sup> **Ibid.**

<sup>192</sup> Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, s. 84'ten Sulhi Dönmezer, Toplumbilim, Yenilenmiş 11. Bası, 1994 No:158, Ayrıca Dönmezer'e göre kişilerin ve ailelerin mensup oldukları sosyal sınıfları belirleyen faktörler şunlardır: hayatta oynanan rol, hayat şansı, stili ve gelir farkı, psikojik davranış ve sınıf bilinci.

kişilerin meydana getirdiği topluluktur<sup>193</sup>. Tabakalaşmayı, toplumun eşitsiz prestij, kudret ve servet gruplarına ayrılması, bölünmesi ve otorite, prestij, statü ve güce göre nüfusun farklılaşmasının hiyerarşik sınırlanması olarak tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır<sup>194</sup>.

Tarihi süreçte İtalyan doktrininde sınıf kavramı farklı yorumlanmıştır. İtalyan doktrininde sınıfın sadece ekonomik ilişkiler bakımından söz konusu olduğunu ve ekonomik kriterlerin dışında oluşan gruplaşmaların da sosyal sınıf kavramının içinde bulunduğunu savunanlar bulunmaktadır. Sınıfın ancak ekonomik ilişkiler bakımından söz konusu olabileceğini savunanlar da kendi arasında ikiye ayrılmaktadır. Sınıfın sadece ekonomik ilişkiler bakımından söz konusu olabileceğini savunan bir kısım yazarlara göre sınıf ancak üretim ilişkilerine göre oluşur ve tarihteki belirli üretim sistemi içinde aldıkları yer, üretim araçları ile olan ilişkileri, toplumsal iş düzenindeki rolleri ile sınıflar birbirinden ayrılır; insan grubu olan sosyal sınıf belirli bir ekonomik düzen içinde, sosyal ekonomi içinde işgal ettiği farklı yer sebebi ile bir diğerinin emeğine sahip çıkabilir<sup>195</sup>. Bu açıdan işverenler, kapitalistler sosyal sınıf kabul edilmektedir. Diğer bir kısım yazarlar ise, sosyal sınıfı ekonomik anlam içinde kabul etmenin yanı sıra, ekonomik açıdan sınıfların ayrımını, bilimsel temeller dışında, gelir zıddiyetleri, işverenlerin belirli bölümleri noktasında yapmaktadır<sup>196</sup>. Bu görüşe göre de toprak sahipleri, endüstriciler vs. sınıf olarak kabul edilmektedir.

Ekonomik kriterler dışında oluşan gruplaşmaları da sınıf kavramı içine alan görüşe göre ise, sınıf kendi içlerinde inorganik bir biçimde, kendiliğinden oluşan devamlılık arz eden büyük insan kategorileri olup; bu büyük insan kategorileri tarihsel ve etnik formasyonlar veya çevresel maddi şartların kendiliğinden gerçekleştirdiği maddi topluluklar veya moral ve ekonomik ilişki ve menfaatlerin bir araya getirdiği ülke halkının otomatik bölümlere ayrıldığı kişiler topluluğudur<sup>197</sup>. Bu görüşe göre sınıf kavramı, bir devlet gücü ya da belirli kişiler tarafından oluşturulmamış olup; meslek grupları da sınıfı oluşturur.

<sup>193</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç , s. 6061.

<sup>194</sup> Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, s. 84'ten Mustafa Erkal, Sosyoloji (Toplum Bilimi), İstanbul, 1993, s. 195 vd.

<sup>195</sup> Aktaran Özek, s.35.

<sup>196</sup> **Ibid**, s. 36.

<sup>197</sup> **Ibid**.

Cihan'a göre ise, sınıfın ekonomik temele indirgenmesi, sınıfın yapısı ve somut fonksiyonlarından ortaya çıkan kendine has yüzleri de bulunduğu için isabetli olmamasının yanı sıra; sınıfın ekonomik kriterler dışında organiklik ve kendiliğindenlik kriterleri ile tanımlanması da hukuki bakımdan çok muğlak ve geneldir<sup>198</sup>.

Özek ve Kıyak 765 sayılı TCK'de yer alan 141 ve 142 maddelerden hareket ile sınıf terimini sadece ekonomik anlamı ile değerlendirmemiştir. Ayrıca Özek'e göre içtimai zümreler<sup>199</sup> arasındaki düşmanlığı yaratacak fiiller bu suçu oluşturmayacağı gibi; belirli ekonomik gruplar, endüstriciler, tüccarlar vs. aleyhindeki düşmanca telkinler de suç oluşturmamaktadır<sup>200</sup>.

Majno'ya göre sınıflar yalnız iktisadi görüş kapsamında değerlendirilirse sınıf sermayedar ve ameleler olmak üzere ikiye ayrılmalıdır<sup>201</sup>.

Erem'e göre sınıf bir cemiyetin kuruluşu ve o kuruluşu sürdüren sosyal kanunlarla ortaya çıkar; ferdin sosyal bir sınıfa mensubiyeti sosyal kanunlarla oluşur ve bu sebeple sınıf kavramı kanunda sadece iktisadi sınıflar için kullanılmamıştır<sup>202</sup>.

Siyasi partilerin sosyal sınıf sayılabiliş sayılamayacakları da tartışılmıştır. Çoğunluğun görüşü, politik partilerin üye topluluğunun bir sosyal sınıf teşkil etmeyeceği yönündedir. Bu görüşe göre partiler sosyal olmaktan çok politik ve değişken örgütler olup; bu topluluk içinde yer almak iradeye ve belirli bir disipline bağlıdır ve siyasi partilerin inorganik, süreli, otonom oluş karakterleri sosyal sınıflarda mevcut değildir<sup>203</sup>. Fakat parti üyeleri arasındaki ortak bir bağlılığın mevcudiyetini göz önünde bulundurarak siyasi partileri sınıf olarak kabul edenler de bulunmaktadır<sup>204</sup>.

Çağdaş toplumlarda sınıfın işçi sınıfı, idare edenler sınıfı, orta sınıf ve köylü sınıfı olarak ayrıldığını savunmaktadır.

<sup>198</sup> Cihan, s.113.

<sup>199</sup> Daha çok kölelik-derebeylik düzeninde görülen üyeliği kalıtsal yolla geçen toplumsal sınıflar

<sup>200</sup> Özek, s. 34.

<sup>201</sup> Nejat Özütürk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, C: II, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1966, s. 190'dan Majno: **İtalyan Ceza Kanunu Şerhi**, Tercüme, C. III, 1927, s. 9.

<sup>202</sup> Faruk Erem, "Suç İşlemeğe Tahrik", **Adalet Dergisi**, 1965, s. 1140.

<sup>203</sup> Aktaran Özek, s. 34.

<sup>204</sup> **Ibid.**

Çağdaş toplumlardaki sınıf olgusunda yer alan işçi sınıfı, idare edenler sınıfı, orta sınıf ve köylü sınıfı kavramları için şu hususları söyleyebiliriz:

İşçi sınıfı, sosyal sınıflar içinde en belirgin biçimde ferdiyet kazanmış sınıf olup; işverenlerin emirlerine göre çalışır, onların sağladıkları madde ve aletleri kullanırlar, bu sebeple işverene hukuken, teknik yönden ve ekonomik bakımdan tabi oldukları için bu hal onlarda bir teminatsızlık duygusu oluşturarak belirsizlik yaratsa da genel olarak ahenkli ve dengeli bir gruptur<sup>205</sup>.

İdare edenler (sermaye) sınıfı, siyasette, idarede, ekonomide yönetici rol oynayan aile ve sosyal gruplardan oluşmaktadır; belli ölçüde kapalı ve yeterli derecede homojendir. Eğitim dereceleri, belirli ahlaki, sosyal ve estetik anlayışa bağlı olmaları nedeni ile diğer sınıflardan ayrılır ve sermaye sahipleri ile üretim araçları üzerinde tasarruf hakkına sahip olan bu gruplar, bu sınıfın temel unsurudur<sup>206</sup>.

Orta sınıf, çok sayıda sosyal gruptan oluşmakta olup, yukarıda açıkladığımız her iki gruba da benzememektedir. Bu sınıfta, maddi ve manevi varlıklar mevcut olduğundan güvensizlik duygusu olmayıp, ileri derecede ferdiyetçilik ve az oranda dayanışma vardır. İşçi sınıfından, menkul, gayrimenkul, tahsil, formasyon gibi maddi ve manevi nitelikte yedek dayanaklara sahip olma bakımından ayrılmaktadır. İdare edenler sınıfından farklı olarak siyasi, iktisadi, idari ve fikri hayatın yönetimine katılmayan bu sınıfın mensupları tıp ve hukuk mesleklerinin mütevazı mensupları ile serbest meslek sahipleri vs.dir<sup>207</sup>.

Köylü sınıfı bakımından ise, tarımın büyük işletmeler haline dönüştüğü gelişmiş ülkelerde, köylü sınıfının bulunmadığı söylenemeyecektir ve toprak işçileri işçi sınıfına mensuptur. Köylü sınıfının olduğu toplumlarda ise bu sınıf şu şekilde tanımlanabilmektedir: Köylü sınıfının temel özelliği, bu sınıfın hayatında zirai unsurun gerçek anlamda hakim durumda olmasıdır, sınıf içinde gerçek bir iş bölümü yoktur ve aile hayatı ile iş hayatı iç içedir. Bu hususların yanı sıra mensupları arasında ilk ilişkiler egemendir ve çok sıkı bir sosyal kontrol vardır<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 457'den, Dönmezer, **Toplumbilim**, n. 238a.

<sup>206</sup> **Ibid.**, s. 458'den, Dönmezer, **Toplumbilim**, n. 238a.

<sup>207</sup> **Ibid.**

<sup>208</sup> **Ibid.**, s. 459.

Yukarıda açıklamasını yaptığımız çağdaş toplumlara yönelik olarak yapılan sınıf ayrımları ekonomik ve sosyal olgulara dayanarak yapılan tanımlar olması sebebi ile incelediğimiz suç tipine en fazla uyan tanımlamalardır.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda sınıf tanımını paralel biçimde yapmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.11.1969 tarihli kararında “*Buradaki sınıftan maksat, aynı iktisadi şartlar altında bulunan fertler topluluğudur. Bu sebeple dernekler, siyasi partiler ve din mensupları birer sınıf değildir*” yönünde görüş bildirerek ekonomik nedenlerin sınıf tanımlamasında payı olduğuna; ekonomik unsurlara yer vermemiş olan dernek, siyasi parti ve din mensuplarının ise sınıf sayılamayacağına işaret etmiştir.<sup>209</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.10.1998 tarihli kararında “*Sınıf sosyal bir olgudur. Ekonomik nedenlerin dışında oluşan gruplaşmalar da bu kavramın içine girer.*” diyerek sınıfın sosyal bir olgu olduğunu ekonomik nedenlerin, sınıfın tanımlanmasında tek kriter sayılamayacağını belirtmiştir<sup>210</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 5237 sayılı TCK’nın kabul edildiği fakat henüz yürürlüğe girmediği dönemde vermiş olduğu 15.03.2005 tarihli kararında “*Maddede yazılı bulunan sosyal sınıf iktisadi sınıflar anlamına gelmemekte, toplumun yapısındaki yeri ve özelliği ile varlık kazanmış; aynı toplumsal düzeydeki bireylerin toplamından oluşan çiftçi, esnaf, mülk sahibi, tüccar, memur, işçi gibi grupları kapsamakta olduğu öğretisi ve içtihatla kabul edilmektedir. Dahası kendi içinde organize olamamış, kendiliğinden oluşmuş ancak devamlılığı bulunan büyük insan kategorileri de genel anlamı ile sosyal sınıf kabul edilmektedir.*” denerek 765 sayılı TCK dönemindeki sınıf anlayışının devam ettiği gösterilmiştir<sup>211</sup>. Belirttiğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay içtihatlarında, sadece ekonomik temelli olan sınıf tanımlamalarına itibar etmeyip; sınıf tanımlamasında aynı zamanda sosyal olguların da dikkate alınması gerekliliğine işaret etmiştir.

<sup>209</sup> Yar. CGK., 1969/4-528 E. ve 1969/471 K., 10.11.1969 T. (Kararı aktaran için bkz. Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C: 2, (Madde 95-315), 3. Baskı, Ankara, 1999 s. 3006).

<sup>210</sup> Yar. CGK., 1998/8-247 E. ve 1998/335 K., 27.10.1998 T. (Kararı aktaran için bkz. Savaş, Mollamahmutoğlu, s. 3006).

<sup>211</sup> Yar. CGK., 2004/8-201 E. ve 2005/30 K. 15.03.2005 T. (www. kazancı.com).

### c) Irk

İnsan türünün alt bölümü olan ırk; “*Kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu*” anlamına gelmekte olup; nispeten sabit şartlar altında kuşaktan kuşağa geçen, belirli beden karakterlerinin bileşimine sahip olan fertler grubu olarak tanımlanmaktadır<sup>212</sup>. İnsanlar deri, saç rengi, boy uzunluğu, vücut biçimi gibi, fiziksel özelliklerine ve genetik olarak incelenebilen kan grubu gibi biyolojik öğelere göre belirli gruplara ya da ırklara ayrılırlar.

Günümüzde biyologlar fiziksel farklılıklardan çok ırklar arasındaki genetik farklılıkların incelenmesi ile ilgilenmektedir. Irk incelemeleri biyoloji biliminin yeni bir dalı olan nüfus genetiği alanına girer. Irklara ilişkin ilk sınıflandırmalardan birini, Alman anatomi ve fizyoloji bilgini Johann Friedrich Blumenbach yapmış olup; kafatası ölçümlerine dayanarak insan türünü Kafkasyalılar, Moğol, Etiyopyalı, Amerika Yerlisi ve Malayalı olarak ayırmıştır<sup>213</sup>. İsveçli biyolog Carolus Linnaeus deri rengine göre dört değişik ırk tanımlamış, onu izleyen biyologlar da fiziksel özellikleri temel alan ırk grupları üstünde çalışmışlardır<sup>214</sup>. Fakat bu tür sınıflandırmaların bilimsel ve kesin olmadığı daha sonra anlaşılmıştır.

Bu gün tek insan türü ve dört büyük ırk grubu mevcut olup; bu dört büyük ırk grubu kara derili, sarı derili, beyaz derili ve ilkel olarak ayrılmaktadır. Büyük ırk gruplarının özellikleri her insan grubunda çeşitli oranlarda karışmakta ve bu büyük ırk gruplarının her biri kendi içinde parçalara ayrılmaktadır. Söz konusu ırk grupları, coğrafya ve toplum engelleri sebebi ile içten evlenme sistemine bağlı sayısız nesiller oluşturmuştur ve asırlar boyu süren aynı toplum içinde evlenme veya dıştan evlenme sonucu sosyal şartların oluşturduğu ortam, fertlerde genetik olarak şartlanmış sayısız beden özelliklerin yaygınlaşmasına, pratik yönden de nispeten bir cinsten görünüşü meydana getiren mahalli grubun üyelerinin benzerliğine zemin hazırlamış olmaktadır<sup>215</sup>. Sonuç olarak soydan gelme veraset yoluyla nesillerden nesillere geçen ırk özellikleri, çevre ve hayat şartlarına göre oluşmuştur.

Suç tipinde yer alan ırk kavramından millet, halk, kavim, dil gibi tarih, toplum ve kültür ile ilgili sosyal gerçekler anlaşılmamalı; yukarıda bahsetmiş olduğumuz

<sup>212</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

<sup>213</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6062.

<sup>214</sup> *Ibid.*, s. 63.

<sup>215</sup> Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)*, s. 99.

dört büyük ırk grubu anlaşılmalıdır. Nitekim bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.10.1998 tarihli kararı ile de vurgulanmış olup ırk “*genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip birey toplulukları olarak adlandırılır*” denmiştir<sup>216</sup>. Fakat aynı kararda bölge tanımı da yapılmış olmasına rağmen karara konu olan yazıda geçen “... *ülke bütünlüğünü sağlama amacı ile çeteye karşı sürdürülen mücadelenin Kürt halkına karşı yürütüldüğü...*” yönündeki ifadeler ırk ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik suçu olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu kararda ırk ve bölge kavramına doğru bir tanımlama getirilirken Kürt gibi etnik kökeni ve bölgeyi ifade eden terimin hangi kavram içerisinde değerlendirileceği konusundan kesin bir karar verilemeyerek ırk ve bölge kelimesinin beraber kullanılması tercih edilmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 05.07.2000 tarihli kararında ise Kürt ve Türklerin birbirine karşı tahrik edilmesi durumunda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşacağı kabul edilerek halkı ırk, bölge ve din farklılığı gözetilerek kin ve düşmanlığa tahrik edildiği belirtilmiş, böylece Kürt gibi etnik kökeni ifade eden terim tekrardan ırk ve bölge sözcükleri ile tanımlanmıştır<sup>217</sup>. Söz konusu kararda maddede yazılan ırktan “*genetik bakımdan şartlandırılmış, oldukça sabit olarak kuşaktan kuşağa geçen beden karakterlerinin toplamı anlaşılır*” denerek, ırk tanımı tekrar edilmiş ve böylece bir bakıma bahsettiğimiz şekilde ırk denince günümüzdeki sınıflandırmanın geçerli olduğu belirtilmiştir.

#### **d) Din**

Din, çağlar boyunca varlığını devam ettirmiş ve günümüze kadar gelmiş bir kurumdur. Arapça kökenli olan bu sözcük, köken itibariyle “*yol, hüküm, mükafat*” gibi anlamlara sahiptir. Din, üyelerine bir bağlılık amacı, bireylerin eylemlerinin kişisel ve sosyal sonuçlarını yargılayabilecekleri bir davranış kuralları bütünü ve bireylerin gruplarını ve evreni anlayabilecekleri bir düşünce çerçevesi veren bir düşünce, his ve eylem sistemidir. TDK'ya göre ise Tanrıya, doğüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum diyanet ve bu nitelikteki inançları kurallar, kurumlar, töreler ve semboller biçiminde toplayan

<sup>216</sup> Yar. CGK. 1998/8-247 E. ve 1998/335 K. 27.10.1998 T. (Kararı aktaran için bkz. Savaş, Mollamahmutoğlu, s. 2999 vd.).

<sup>217</sup> Yar. 8.CD. 2000/13957 E. ve 2000/13093 K., 05.07.2000 T. (www.kazanci.com).



sağlayan düzen anlamına gelmektedir<sup>218</sup>. Dini farklı olarak tanımlayan yazarlar ve anlayışlar da bulunmaktadır.

Bergson'a göre din, zekanın dağınkılığı ve çaresizliği karşısında doğanın koruyucu tepkisi ve daha ileride hayatın bütününe bağlanma, hayat hamlesinin en derini iken; Edward Sapir'e göre günlük yaşantının anlaşılmaz ve tehlikeli ortamı içinde gönül huzuruna, iç huzuruna götürecekt bir yolun bulunmasıdır ve çok karmaşık bir yapıya sahiptir, doğa ve toplumla ilgili olguları açıklamada insanlara yardımcı olur. Parsons'a göre ise kainatta insanın yeri, insanın diğerleri ile ilişkisi, çevresi ve diğer insanlarla ilişkilere bağlı olarak arzu edilir olan ve olmayan şeyler hakkında geliştirilen ve gerçekleştirilen bir anlayıştır<sup>219</sup>.

Psikologlara göre din, bir üst benlik olayı, bireyi topluluğa bağlayan kişisel yapısının projeksiyon aracılığı ile belirlediği ikincil kurumlar iken; sosyologlara göre din, kutsalın toplum hayatındaki yeridir. Tasavvuf ve din psikologlarına göre din, insanı kamil insan olmaya sevk eden bir disiplindir<sup>220</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu 29.04. 2008 tarihli karara göre "*Kutsal varlıklara bağlılık ve inanç dindir ve her din bu dinden olanlar arasında manevi bir birlik meydana getirir.*"<sup>221</sup>

Sonuç olarak din, insanlara bir hayat tarzı sunan ve onları belirli bir dünya görüşü içinde toplayan kurumdur. Mevcut dinler, ilkel kabile dinleri, milli dinler ve evrensel dinlerdir.

Gökçen'e göre din farklılığı gözetilerek kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşabilmesi için, farklı inançlara, farklı düşüncelere sahip kitlelerin değil, farklı dinlere mensup halk kesimlerinin birbirine karşı tahrik edilmesi gerekir ve bu açıdan din, bir cemaatin sahip olduğu kutsal kitap, peygamber ve kurucu, tanrı kavramını da genellikle içinde bulunduran inanç sistemi ve bu sisteme bağlı olarak ibadet, yerine getirilmeye çalışılan ahlaki kurallar bütünüdür<sup>222</sup>. Gökçen her ne kadar suçun oluşması bakımından farklı dinlere mensup halk kesimlerinin birbirlerine karşı tahrik

<sup>218</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

<sup>219</sup> Aktaran Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6061.

<sup>220</sup> Aktaran **Ibid.**

<sup>221</sup> Yar. CGK 2007/8-244 E. ve 2008/92 K., 29.04.2008 T. (www.kazanci.com).

<sup>222</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 456.

edilmesi gerektiğini belirtmiş olsa da; Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlarda aynı din mensupları arasında kin ve düşmanlık yaratılmayacağı gibi, aynı dini kabul edenler arasında da farklı anlayışı sapkınlık, dinsizlik vb. gibi göstermenin, dinsiz olarak nitelenmenin ve varsayım temeli üzerinden tehlikeli bulmanın da bu suç kapsamında düşünülmesi gerektiğini belirtilmiştir<sup>223</sup>.

Aşağıda ayrıntılı olarak yer vermiş olduğumuz Yargıtay 8. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu'nun kararları göz önüne alındığında sadece din farklılığı gözetilerek değil, kişileri sahip oldukları inanç, din ve laiklik anlayışı farklılığı gözeterek de halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşacağı kabul edildiği görülmektedir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 10.03.1999 tarihinde vermiş olduğu kararında yapılan konuşmada; bir takım tarihi olayların ve rejimin din ve inanç açısından eleştirilmesi, ülkedeki insanları kendi görüşü ve inancı doğrultusunda ve yoğunluğunda inanca sahip olanlar ve olmayanlar biçiminde ayrıma tabi tutularak şeriat kurallarının egemen kılınmasından yana olanların iktidarı ele geçirmeleri durumunda karşı düşüncede olanları öldüreceklerinin belirtilip cihat çağrısı yapılması durumunda halkı din ve inanç farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşacağı belirtilmiştir<sup>224</sup>.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 10.12.1997 tarihli kararında da *“laik devlet yapısı içinde herkesin özel hayatında inançlarını özgürce yaşamaları en doğal hakkı olmakla birlikte, bireylerin devletin yasa ve kurallarını kendi inançlarına uydurmayı istemek ve dayatmak hakkına sahip bulunmadıkları, bunun da ötesinde hiç kimsenin hukuk*

<sup>223</sup> “Anayasa Mahkemesince bir partinin kapatılması konusunda verilen karar eleştirilirken, bu siyasi partinin kapatılması konusunda verilen karar eleştirilirken, bu siyasi partinin İslamı temsil ettiği için kapatıldığı amacın İslam dinini yok etmek olduğu, bunun hain münafik, solcu ve şoven bir grup tarafından, laiklik ve Atatürkçülük gölgesine sığınarak yapıldığı açıklanmak sureti ile inanlar ve inanmayanlar şeklinde dini bir ayrıma gidilip, Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olarak dini düşünce farklılığı gözetip halkın açıkça kin ve düşmanlığa tahrik edildiği anlaşılmaktadır.” (Yar. CGK., 1999/ 8-106 E. ve 1996/112 K., 11.05.1999 T. ) (Kararı aktaran Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6066).

<sup>224</sup> Yar. 8 . CD. 1999/1140 E. ve 1999/3117 K., 10.03.1999 T., (Kararın tamamı için bkz. YKD, C. 25, Sayı: 7, Temmuz 1999, s. 1010), Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin aynı yönde kararı “... Türkiye’de din anlayışı ve sosyal yaşam biçiminin ahlaka ve dine uygun olmadığı belirtilerek bu anlayışı benimseyenlerin Allah ile mücadeleye girişmiş olarak tanıtıldığı ve bunlara karşı koymayanların pısrıklıkla itham edildiği ve kedi yetiştirdiklerinin, anlayışına göre dinsiz olanların hesabını görecekları belirtilerek bu düşüncedekilerin düşman ilan edilip bu kişilere karşı şiddeti çağrıştıran tümcelerle eylemli mücadeleye çağrı yapıldığı, şeriat düzeninin de bu mücadele sonunda kurulacağı mesajları verilerek din farklılığına dayanarak halkın birbirine karşı tahrik edildiği...” şeklindedir. (Yar. 8. CD. 2002/9667 E. ve 2002/10406 K., 07.11.2002 T.) (Kararı aktaran Gündel, s. 4395 ).

*düzeninden boyutlu olan kamu düzenine karşıtlığını gerekçe yaparak toplumda gerginlik yaratıcı, insanları birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edici söz ve eylemlerde bulunma hakkına sahip olamayacağı” belirtilerek madde açısından laiklik kavramına vurgu yapılarak, buna yönelik farklılık gözeterek halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun da yaptırımı bağlandığı belirtilmiştir<sup>225</sup>.*

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 15.03.2005<sup>226</sup> tarihli kararında “*Dava konusu sanık M. tarafından yazılan M. Gazete’nin 15.11.2000 tarihli nüshasının 2. Sayfasında ‘Din Düşmanlığı Terörü’ başlıklı yazı bir bütün olarak incelendiğinde, bu yazıda adı geçen sanığın milletine, dinine ve manevi değerlerine saldırmanın hoş karşılanmayacağını vurguladıktan sonra, bu tür değerlere karşı gelenlerin halk yığınlarını devletten soğutmak ve ülkenin temellerini dinamitleyip ülkeyi çökertmek isteyenler olduğunu belirtip, başörtüsünün İslamın sembolü olduğunu ifade ile Türkiye’nin İslam karşı uygulamaların katı biçimde yapıldığı bir başka devlete benzetilmeye çalışıldığını, ülkemizde dinsizlik baskıları yapıldığını ileri sürüp bazı devlet uygulamalarını ve din sömürüsü yapan mihrakları ağır biçimde eleştirerek onların da İslam dinine karşı büyük kötülük yaptıklarını ifade ettiği anlaşılmaktadır”* diyerek 8. Ceza Dairesinin kararları yönünde hareket etmiştir.

Söz konusu kararların tümünde görüleceği üzere Yargıtay kararları sadece din farklılığı gözetilerek halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlenebileceği yönünde değildir. İnançları ve din anlayışları farklı olan kesimler ile laik ve laik olmayan

<sup>225</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin aynı yönde kararı “*Anti laik odaklaşması nedeni ile sonradan kapatılan bir siyasi partinin önde gelen isimlerinden olan ve yığınları etkileyebilme özelliğinde bir mevkiye sahip bulunan sanığın, Siirt’te açık hava toplantısındaki konuşmasına Ziya Gökalp’in eserinden bir bölüm olarak alınan ‘minareler süngü, kubbeler miğferi camiler kışlamız, müminler asker’ şiirini okuyarak başlaması, hiçbir şeyin kendilerini sindiremeyeceğini, kendilerinin susturulamayacağını, ezanları susturanları karşısında patlayacaklarını, referansının İslam olduğunu, bu ülkede inançlara saygı duyulmadığını, yoruma değil, yorumcuya bakılması gerektiğini, kula kulluk edilmeyeceğini (Atatürkçü laik kesim amaçlanmış), hakka kulluk edenlerden olduklarını (İslami şeriat ile bütünleştirilen Müslümanlar amaçlanmış) söylemesi eyleminde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun unsurları oluşmuştur.”* şeklindedir. (Yar. 8. CD. 1998/10296 E. ve 1998/11672 K., 23.09.1998 T.) (Karar için [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)), Yargıtay 8. Ceza Dairesinin başka bir kararı şu şekildedir: “*... Ülkede geçerli hak düzeninin İslam’a ve Kuran’a karşı mücadele yürüttüğü, dahası vahşice saldırılar düzenlediği belirtilip laik düzen gereği ve iç hukukun uygulanması sonucu görevlendirilen uzaklaştırılan ordu mensuplarının hain işlemine tabi tutulan insanlar olarak sayıldıkları iddia edilip, 80-90 yıldır ‘nifakına, cerbezesine ve istibdadlarına mani olmadıklarımız’ şeklinde nitelendirilen ülkedeki laik düzen yanlılarının ‘Haccac, Yezid, Hülagu, Mussolini ve Stalin’den farklı olmadıklarını belirterek halkı din anlayışı farklılığı gözetmek sureti ile kin ve düşmanlığa tahrik ettiği sabit olduğu halde...”* (Yar. 8. CD, 2001/12101 E. ve 2001/14522 K., 10.10.2001 T.) (Kararı aktaran Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s. 4395-4396).

<sup>226</sup> Yar. CGK. 2004/8-201 E. ve 2005/30 K., 15.03.2005 T. (Karar için [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

kesimler arasında da farklılık gözeterek gerçekleştirilen fiiller halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturabilecektir.

Kanımızca din farklılığı gözetilerek halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlenmesi eyleminin kapsamına sadece farklı dinlere mensup halk kesimlerine karşı işlenen tahrik değil, aynı dine mensup olsa da farklı inanışlara sahip halk kesimine karşı işlenen tahrik de girmektedir. Nitekim, ülkemizde laik olan ve olmayan kesimler arasında bu kadar kesin çizgiler bulunmaktayken, bu yönde girilen eylemlerin cezalandırılmaması düşünülemez. Aksi kanaat laik olan ve olmayanlar arasında işlenen bu suçun doğuracağı güvensizlik ortamında, farklı inanışa sahip kimseler de haklarının hukuken korunmayacağı düşüncesini doğuracaktır.

#### e) Mezhep

Mezhep sözlükte gidilen yol anlamına gelmekte olup, terim olarak ise bir dinin birbirinden farklı görüşlere sahip kollarına verilen addır.

Her din farklı yorumlanış tarzları nedeni ile kendi içinde kollara ayrılmıştır. Hristiyanlık dininde ortaya çıkan mezhepler Katoliklik, Ortodoksluk, Protestanlık vs.dir. İslam dininin mezhepleri itikadi ve hukuki olarak ikiye ayrılmakta olup; hukuki mezhepler, içtihadi meselelerde birbirinden az da olsa farklı düşünen hukuki ekollerdir ve sayıları on ikidir ve bu mezheplerden ancak Hanefi, Maliki, Şafî ve Hanbeli mezhepleri günümüze kadar gelmiştir. İslam dininde itikadi mezhepler ise ehli sünnet velcemaat mezhebi ve bunun dışındakiler olarak ikiye ayrılmakta, ehli sünnet mezhepleri de Maturidiyye ve Eşariyye, ehli sünnet dışındakiler ise Şia, Haricilik, Mutezile, Müşebbihe, Cebriye ve Mürkiye vs.dir. Yahudilik mezhepleri arasında da Ortodoks Yahudilik, Reformist Yahudilik, Muhafazakar Yahudilik, Yeniden Yapılanmacı Yahudilik görülmektedir<sup>227</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 29.04.2008 tarihinde vermiş olduğu kararında dinin içindeki anlayış aykırılıklarının mezhepleri oluşturduğunu belirtmiştir<sup>228</sup>.

<sup>227</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s.456.

<sup>228</sup> Yar. CGK. 2007/8-244 E. ve 2008/92 K., 29.04.2008 T. (www.kazanci.com).

## f) Bölge

Bölge toplumsal bilimlerde, seçilmiş tanımlayıcı ölçütler bakımından türdeşlik ve bütünlük taşıyan, çevresindeki alanlardan bu ölçütlerle ayrılan alan olarak tanımlanmış olmasına rağmen, kimi zaman ayrıca etnik, kültürel ya da dilsel özellikler, iklim ya da topografik koşullar, sinai veya kentsel gelişmişlik- yoğunluk, yönetsel birimler, ekonomik uzmanlaşma, bölge tanımında özellik kazanabilmektedir<sup>229</sup>. Önder'e göre sınırları idari veya ekonomik birliğe, arazi, iklim veya üzerinde yaşayan gibi herhangi bir nitelik bakımından bir sayılmış ülke, yer veya arazi parçası da bölgedir ve bölge nisbi bir cinstenliği olan kültür unsurlarından ibaret bir coğrafya havzası, coğrafya sınırını teşkil eder şeklinde açıklanmaktadır<sup>230</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.10.1998 tarihli kararında bölgeyi, “*idari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçası*” olarak tanımlamıştır<sup>231</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yapmış olduğu tanımlamaya rağmen, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 26.12.2003 tarihinde “... *Kürt sorununun unutturulması ve yok sayılması politikasını boşa çıkarmalı ve çözümü gündeme gelmiş sorunun önündeki baş engellerden birinin ordu engeli olduğunu unutmamalıyız, demek suretiyle ırk ve bölge farklılığına dayanarak halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik ettiği anlaşılmalı...*” denerek yukarıda ırk bölümünde yapmış olduğumuz açıklamada da belirttiğimiz üzere sadece bölge farklılığı gözetilerek gerçekleştirilen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu söz konusu olduğunda suçun “ırk ve bölge farklılığına dayanarak” işlendiği belirtilmiş<sup>232</sup>, böylece ırk ve bölge arasında bir ayırım yapılmamaya devam edilmiştir. Bunun yanı sıra, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 03.11.1999 tarihli kararında “*etnik kökenlilere ve değişik inançlara farklı muamele yapan bir düzen ve laik diktatörlük kurulduğunu, bu düzene ve emperyalist zorbalara karşı inananların daha güçlü, daha kararlı olmaya mecbur bulunduğu anlamındaki deyimlerle TCK'nın 312 maddesindeki suç tipini oluşturan halkı sınıf, din ve etnik köken gözetip kin ve düşmanlığa kışkırtma eylemini işlediği*” belirtilmiş, böylece

<sup>229</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6061.

<sup>230</sup> Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 1994, s. 417.

<sup>231</sup> Yar. CGK. 1998/8-247 E. ve 1998/335 K., 27.10.1998 T. ( Kararı aktaran Savaş, Mahmutoğlu, s. 2999).

<sup>232</sup> Yar. 8. CD. 2003/13117 E. ve 2003/7907 K., 26.12.2003 T. (Kararı aktaran Gündel, s. 4394).

suçun unsurları arasında yer almayan etnik köken farklılığına dayanarak da halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlendiğini belirten karar verilmiştir<sup>233</sup>.

### **g) Değerlendirme**

Yukarıda açıklamasını da yapmış olduğumuz üzere TCK'nın 216/1. maddesinde yer alan suç tipinin oluşabilmesi için grupların gruplara karşı tahrik edilmesi gerekmekte olup; bu grupların da TCK m.216/1. maddede yer alan gruplar olması gerekmektedir. Fakat maddede yer alan grupların bu kadar sınırlı sayıda olması kimi zaman zorluklara neden olabilecek niteliktedir. Madde de etnik köken, renk, felsefi inanç gibi kavramların yer almaması sebebi ile bu konuda yapılacak olan halkı kin ve düşmanlığa tahrike yönelik hareketler kanunun hükmünde yer almadığı için suç kapsamı dışında kalabilecektir.

Bu hususların yanı sıra bazı kavramların tam olarak içinin doldurulmaması sebebi ile sadece Yargıtay kararlarına bakılarak hareket edilmesi ile sorunlar çözülebilmektedir. Özellikle din kavramının içerisine ateistlerin ya da inanç farklılığı taşıyanların girip girmeyeceği kanunda açıkça belli olmamakta ve doktrinde de bu konuda birlik sağlanamamaktadır. Aslında, TCK m. 216/1. maddenin getiriliş amacı olan hukuken korunan menfaatin kamu barışı olduğu düşünüldüğünde, maddede yer alan kavramların içinin doldurulması daha da kolaylaşmaktadır. Nitekim ülkemizde laik olan ve olmayan şeklinde halk kesimlerinin ayrıldığı da düşünüldüğünde bu yönde bir koruma olamayacağını düşünmek imkansızdır. Maalesef, bu kavramlara ilişkin farklılık gözetilerek halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlenmesine ülkemizde çok sık rastlanmaktadır, bu sebeple de korunan hukuki menfaat ve Yargıtay kararları dikkate alınarak bir çözüm yoluna gidilebilecektir. Fakat her halükarda yasa koyucu tarafından belirttiğimiz kapsamda bir düzenleme getirilmesi ise daha sağlıklı olacaktır.

## **E. Maddi Unsur**

### **1. Genel Olarak**

İnsanla ilgili olayın maddi ve manevi yönü bulunmakta olup, bu bakımdan suçun unsurlarında maddi unsura yer verilmektedir. İnsanla ilgili en basit olay

<sup>233</sup> Yar. 8. CD. 1999/12715 E. ve 1999/14981 K., 03.11.1999 T. (Karar için bkz. YKD, C. 26, S. 1, Ocak 2000, s. 131).

zorunlu olarak, bir insan hareketini bu hareketten doğan bir neticeyi ve doğal olarak bu hareketle netice arasındaki nedensellik ilişkisini içerir. Bu sebeple de suçun tanımından en önemli unsurlar hareket ve neticedir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu da ayrıntılı olarak belirtileceği üzere serbest hareketli ve neticeli bir suçtur.

## 2. Hareket

İnceleme konumuzu oluşturan “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçunun maddi unsurunun hareket kısmını kanunda belirtilmiş farklı özelliklere sahip halk kesimleri arasında kin ve düşmanlık yaratmaya ya da mevcut kin ve düşmanlıkları devam ettirmeye yönelik alenen tahrik etme oluşturmaktadır.

### a) Kin ve Düşmanlık

Farsça bir kelime olan kinin sözlük anlamı; “*bir kimseye veya bir şeye karşı duyulan ve ölç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık ve garez*”<sup>234</sup> dir. Doktrinde kin “*ölç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerinin zeminin oluşturan psikolojik durum*” olarak tanımlanmaktadır<sup>235</sup>. Burada fail, halk kesimlerinden bir kısmının, diğer kısmına karşı, ona zarar vermeyi düşündürecek, o kesimi sevmemeye veya nefret etmeye yöneltecek hareketlerde bulunmaktadır. Farsça bir kelime olan “düşman”; birinin kötülüğünü isteyen, ondan nefret eden, ona zarar vermeye çalışan kimse” anlamına gelmektedir<sup>236</sup>. Doktrinde düşmanlık “husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu olarak tanımlanmaktadır<sup>237</sup>. Yargıtay 8. Ceza Dairesi de 18.06.1974 tarihli kararı ile “*Düşmanlıktan maksat, kin ve nefret duygusunu saçmak, yaymak ve telkin eylemektir*” diyerek düşmanlığa doktrin ile aynı yönde tanım getirmiştir.<sup>238</sup>

TCK'nın 216/1. maddesinde kin ve düşmanlık ibaresi beraber kullanılmış olup; bu sebeple hareketin suç oluşturması için yalnızca kin veya yalnızca düşmanlığa

<sup>234</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50786b8d114753.28203778](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50786b8d114753.28203778)

<sup>235</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler, s. 450.

<sup>236</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50786ba1c867e5.52249988](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50786ba1c867e5.52249988)

<sup>237</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler, s. 450.

<sup>238</sup> Yar. 8. CD., 1974/2 E. ve 1974/2 K. 18.06.1974 (Kararı aktaran bkz. Savaş, Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s. 3020).

tahrik yeterli değildir. Hareketin suç oluşturması için hem kine hem de düşmanlığa yönlendirecek nitelikte bulunması gerekmektedir<sup>239</sup>.

Kin ve düşmanlık tanımlarından yola çıkarak, kin ve düşmanlığa tahriki “*husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, ölç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini oluşturan psikolojik bir hal olarak*” açıklayabilmekteyiz<sup>240</sup>.

## b) Tahrik

### (1) Genel Olarak

Tahrik, sözlükte kişileri sert harekete, isyana, misillemeye veya intikam almaya sürüklenme kışkırtma anlamına gelmektedir<sup>241</sup>. Hukuk terminolojisinde ise tahrik genel anlamı ile “*bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi ya da var olan bir durumun kişi veya kişilerin iradesi üzerinde etki yapması, iradenin harekete geçirilmesi, belirli bir yöne itilmesini*” ifade eder<sup>242</sup>. Tahrik, failin kasten doğrudan doğruya diğer kişiler üzerinde bir fiilin işlenmesi konusunda karar verilmesini temin eden hareketler olup; tahriki muhataba yönelik belirli bir konuda belirli şekilde hareket etmesini isteyen bir mesaj olarak tarif edenler de vardır<sup>243</sup>.

Tahrik kışkırtan şahıs yönünden, gerçekleştirilmek istenen suçun başkaları tarafından yerine getirilmesi için bu şahıs tarafından yapılan hareketlerin tümüdür<sup>244</sup>. Tahrik eden, bir suçun işlenmesini istemekte, bu saik ile hareket etmekte ve böylece antisosyal karakterini ve ahlaki kötülüğünü ortaya koymaktadır<sup>245</sup>.

<sup>239</sup> 5237 sayılı TCK m. 312/2’de 1981 yılında yapılan değişiklikten önce fıkra metninde “kin ve adavet” ifadesi yer almaktayken yapılan değişikliğin ardından “kin ve düşmanlık” ifadesi getirilmiştir. 2002 yılında yapılan değişiklik ile ise “kin ve düşmanlık” yerine “düşmanlığa veya kine beslemeye” ifadesi getirilerek, failin sadece düşmanlığa veya kin beslemeye yönelik tahriki, suçun oluşumu için yeterli kabul edilmiş ve bu sebeple de kanun lafzına göre suçun kapsamı kısmen de olsa genişletilmiştir. Ancak kin ve düşmanlık ifadeleri hemen hemen aynı anlama gelmesi sebebi ile 2002 değişikliği sonucunda daha az şiddetteki tahriklerin de cezalandırılmasına gidilmemiştir.

<sup>240</sup> Cihan, s. 121.

<sup>241</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50786cca93cae9.98854132](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50786cca93cae9.98854132)

<sup>242</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 451.

<sup>243</sup> Aktaran Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 379.

<sup>244</sup> Bayraktar, s. 4.

<sup>245</sup> Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 379.



Tahrik yöneltildiği şahıs bakımından ise, kişide suçun mutlaka gerçekleştirileceğine dair bir düşünce ve inanış yaratma, kişide suç işlemeye yönelik bir düşünce meydana getirme ve birey üzerinde ağır ve yoğun bir manevi baskı kurma şeklinde; gerçekleştirilen suç ile olan illiyet bağı bakımından da, tahrik edenin düşüncesini üçüncü şahsın fiiline birleştiren, bağlayan ilişki olarak nitelendirilmektedir<sup>246</sup>.

Tahrikin şekli ve tahrik eyleminde kullanılacak araçlar hakkında kanunda bir tanımlama bulunmamakta olup; kitle haberleşme araçlarının kullanımı gibi hareketler ise ağırlaştırıcı sebep teşkil etmektedir. Tahrik rica, nasihat, emir, yalvarma şekillerinde gerçekleşebilir. Bir hareketin tahrikte araç olarak kullanılıp kullanılmadığı hususunda duraksama bulunmaktaysa, bu durumda bu hareketin nasıl bir kitleye karşı yapıldığı ve bu kitlenin niteliği, tahrikçinin özellikleri ve kişiliği araştırılmalıdır. Nitekim Yargıtay 8. CD'nin 23.09.1998 tarihinde vermiş olduğu kararda tahrikçi ve tahrik edilen kitlenin özelliklerini de araştırarak sonuca varmıştır<sup>247</sup>. Söz konusu kararda *“Bu şiir örneğin 1071 Malazgirt savaşı yıldönümünde bir öğrenci tarafından okunsa, ancak tamamının okunması kaydıyla olağan kabul edilebilir. Sanık, anti laik odaklaşması nedeniyle sonradan kapatılan bir siyasi partinin önde gelen isimlerindedir. Siirt'te eşi nedeniyle hemşehrilik berati almıştır. Yığınları etkileyebilme, özelliğinde mevki sahibi bir kişidir. Hitap ettiği kitle, o partinin mensuplarından oluşan ( şekilli ) kısmen sempatizan ve kısmen de meraklılardan oluşan ( şekilsiz ) karma bir topluluklar. Adli psikolojide bu topluluk yığın niteliğinde tanımlanmaktadır. Dini duyguları çok güçlü olan bu topluluk, birbirinin etki alanına gireceği gibi, yine Adli Psikolojide belirtildiği üzere lider konumundaki kişinin cesaret ve söylemine hayran kalır. Bazen bir haykırış, kişiyi sarsar, kişinin psikolojik kudreti muayyen noktalarda yoğunlaşır. İradenin ( NEHİY ) ögesi kaybolur. Bundan sonra yığınların eğilim ve hareketi düşünceden ziyade inşiyaka bağlanır. Yığın artık sürükleyicinin etkisi altındadır. ( Publiese ) bunu buhar kazanına benzetmekte "yığın büyüdükçe heyecan arttıkça buhar basıncının çoğalacağını artık enerjinin harekete dönüşümünün subap'ın açılmasına*

<sup>246</sup> Bayraktar, s. 5.

<sup>247</sup> Yar. 8. CD. 23.09.1998, 1998/10296 E. 1998/11672 K. (Karar için [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

*kalacağını" ifade etmektedir."* denerek, daha önce yukarıda mağdur kısmında açıkladığımız şekilde adli psikolojide yer alan yığın tanımına yer verilmiş, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda hem yığın hem de tahrikçinin özelliklerinin dikkate alınacağı belirtilmiştir.

## (2) Tahrik Kavramının Diğer Kavramlardan Farkı

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'da olduğu gibi tahrik kavramının yanı sıra iştirak, teşvik, propaganda, telkin, övme gibi kavramlarda bulunmakta olup; bu kavramların birbirinden ayrı kabul edilmesi ve tahrik kavramı ile karıştırılmaması gerekmektedir. Söz konusu farklı kavramların bağlantılarını ve değişik yönlerini belirleyerek tahriki bu çerçevede değerlendirmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu kavramlar iştiraktan telkine, telkinden övmeye, övmeden propagandaya kadar geniş bir alanı kapsamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın birinci kitap, ikinci kısım, dördüncü bölümünde suçta iştirak 37-41. maddelerde düzenlenmektedir. Kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin aralarında yaptıkları anlaşma gereği, fiilin oluşumuna illi değeri içeren katkıda bulunarak, birlikte işlenmesi halinde failer arasında iştirakin varlığından söz edilir ve bu şekilde işlenen suçlara da iştirak halinde işlenen suçlar denir. Fiilin iştirak halinde işlenmiş olması için birden fazla fail tarafından yapılmış suç sayılan hareketlerin bulunması, bu hareketlerin nedensellik değeri taşıması, şerikler arasında iştirak iradesinin bulunması ve bütün suç ortakları için aynı olan suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekmektedir. 765 sayılı TCK'da iştirak asli ve fer'i iştirak olarak düzenlenmiştir ve asli iştirak maddi ve manevi olarak ikiye ayrılmaktadır. Asli maddi iştirakte "fiili irtikap eden" ve "doğrudan doğruya beraber işleyen" ayrımı yapılmıştır. Azmettirme ise asli manevi iştirak olarak kabul edilmiştir. Fer'i iştirak halleri tek tek sayılmış, bu hallerde cezanın indirilmesi şeklinde düzenleme yapılmıştır. Zorunlu fer'i iştirak hallerinde, asli iştirak hükümlerince failin cezalandırılması gerektiği de belirtilmiştir. 5237 sayılı TCK'da ise bu ayrımlar terk edilerek iştirak; faillik ve şeriklik olarak iki ana başlık altında düzenlenmiştir. Buna göre faillik; müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik olarak üç şekilde ayrılmıştır. Şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmaktadır. Şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık

kuralında belirtilen hususların gerçekleşmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 38. maddesinde yer alan azmettirme ve 39. maddede yer alan yardım etme içerisinde düzenlenen teşvik kavramı tahrik terimi ile karıştırılmaya müsait olup; birbirlerinden ayrı tanımlanması gerekmektedir. Şöyle ki;

Azmettirmede, suçun ilk ve etkin sebebi yaratılmakta, suç işleme kararının icra safhasına intikalini sağlayacak ölçüde yoğun manevi faaliyet gerekme ve fail düşünmediği bir hususa itilerek hukuka aykırı olan bu hususu işlemeye yöneltilmektedir<sup>248</sup>. Teşvikte de, suç işleme hususunda niyet ve fikir sahibi olan kimse suç işlemeye sevk edilmekte, suçu işleme hususunda karar vermiş kimsenin karar safhasından hareket safhasına geçmesi sağlanmaktadır. Erem'e göre teşvikte, failde mevcut kararı icraya başlamaya sevk etmek manası saklı olup; bahse konu olan suça teşvik değil, suçluyu teşviktir ve teşvik edilen kimsede suç işleme kararı teşvikten önce mevcut bulunmaktadır<sup>249</sup>. Taner'e göre ise, teşvik ikinci derecede bir tahrik ve suç işlemek için adi bir tavsiye mahiyetinde olup; teşvik durumu faile karar verdirmek derecesinde etkili olmuşsa, o zaman azmettirme meydana gelmektedir<sup>250</sup>. İştirakte azmettirenin ya da teşvik edenin sorumluluğu için failin icra hareketlerine girişmesi gerekirken tahrikte icra hareketlerine başlama aranmamaktadır. İştirakte belirli kişiler arasında bir ilişki mevcutken, bu mevcudiyet tahrikte bulunmamaktadır. İştirakte suç işleme iradesinin yönündeki çabalar tahrike nazaran daha yoğun olup, belirli suçu işlemek isteyen ve faaliyetlerini bu yönde birleştiren azmettiren ve teşvik eden arasındaki ilişkide gizlilik mevcutken, tahrik ise alenen işlenmektedir. Azmettirme ya da teşvikte zararın sınırlı olmasına karşın, tahrikte netice çok daha vahim ölçüler alarak, tahrik edenin tahmin ve ümitlerini fazlasıyla aşabilir<sup>251</sup>. Bu sebeple tahrik azmettirme ve teşvikten daha kapsamlı bir kavramdır.

5237 sayılı TCK'nın 215. maddesinde "suç ve suçluyu övme" suçu düzenlenmekte olup; bu suç içerisinde yer alan övme kavramı suçu benimsemeye, doğruluğunu belirtmeye, methetmeye, suçluyu yüceltmeye yönelmiş düşüncenin açıklanması anlamına gelmektedir. Övmeye tahrikten farklı olarak, bir suçun gerçekleştirilmesi hususunda doğrudan doğruya etkili düşüncelerle kişi suç işlemek

<sup>248</sup> Bayraktar, s. 15.

<sup>249</sup> Fahrettin Kıyak, "Suç İşlemeğe Tahrik Cürümleri", **AD**, 1961, s. 920'den Faruk Erem, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 1954, s. 452.

<sup>250</sup> Kıyak, s. 920'den Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 1953, s. 542, 538.

<sup>251</sup> Feyyaz Gölcüklü, "Ahaliyi Suç İşlemeğe Alenen Tahrik ve Teşvik", **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, Cilt I, Ankara, 1962, s. 380.

için harekete geçirilmez, bu sebeple övme tahrikten daha hafif bir kuvvete sahip bulunmaktadır<sup>252</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 319. maddesinde "askerleri itaatsizliğe teşvik" suçu düzenlenmekte olup; bu suç içerisinde yer alan teşvik kavramı iştirak kapsamında düzenlenen teşvik kavramından farklıdır. Burada düzenlenen teşvik tıpkı tahrik gibi kişiyi belirli neticeye yöneltmek için bir kimsenin iradesi üzerine etki yapmaktadır. Bayraktar ve Dönmezer'e göre suça yöneltme bakımından tahrik ile teşvik arasında bir fark bulunmamakta ve bunlar eş anlamlı olma özelliği taşımaktadır<sup>253</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde "suç işlemek amacı ile örgüt kurma", 305. maddesinde "temel milli yararları karşı hakaret", 318. maddesinde "halkı askerlikten soğutma" 323. maddesinde "savaşta yalan haber yayma" düzenlenmiş olup; belirtmiş olduğumuz her maddenin içerisinde propaganda kavramı yer almaktadır. Propaganda geniş anlamda düşüncenin açıklanışını, dar anlamda ise düşüncenin soyut ve geniş nitelikteki açıklaması ile bunu başkalarına benimsetme amacını ifade etmektedir<sup>254</sup>. Tahrikte belirli bir neticeyi meydana getirmeye uygun bir iteleme ve bu amaçla yapılan telkinler söz konusu olmakta, propaganda da ise benimsetilen düşünceye uygun bir tahrik benimsetilen neticenin gerçekleştirilmesi için harekete geçilmesini sağlayan telkin söz konusu olmamaktadır<sup>255</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 39. maddesinde düzenlenen "yardım etme" kavramının içinde yer alan yol gösterme, soyut olarak ulaşılmak istenen suç hakkında gerekli bilgilerin aktarılmasını, tahrik edilenin bilmediği hususların açıklanmasını, suçla ilgili hususların sağlanmasını içermektedir ve bu bakımdan tahrik kavramından farklıdır<sup>256</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 318. maddesinde "halkı askerlikten soğutma" suçunun içerisinde ise telkin kavramı yer almaktadır. Telkin belirli bir kimse üzerinde yapılan etkileyici hareket anlamına gelmekte olup; Erem'e göre telkin ikna anlamı taşımaz, bir kimsenin kendi iradesini başkasına kabul ettirmesi anlamına gelir, telkinin

---

<sup>252</sup> Bayraktar, s. 21.

<sup>253</sup> **Ibid.**, s. 22.

<sup>254</sup> **Ibid.**, s. 23.

<sup>255</sup> Çetin Özek, **141-142**, İstanbul, 1968, s. 105,106, 107.

<sup>256</sup> Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, s. 27.

gerçekleştirildiği kimse üzerindeki karşı koyma imkanını yok eder ve bu bakımdan da tahrik kavramından farklıdır<sup>257</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 219. maddesinde “görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma”, 250. maddesinde “irtikap”, 298. maddesinde “hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme” suçları düzenlenmiş ve her bir maddede ikna kavramına yer verilmiştir. İknada, tahrik kavramından farklı olarak aşılama, inandırma değil, psikolojik bir baskı kurularak aldatma ve iğfal etme bulunmakta, kişinin irade serbestisi ortadan kaldırılmakta ve gerçekte iradesi arasında çatışma meydana getirilmektedir<sup>258</sup>.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz her bir kavram farklı özellikler taşımakta olup, bu kavramlar tahrik kapsamına sokulmayarak her biri kendi suç tipi içinde değerlendirilmelidir.

### **(3) Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu Bakımından Tahrik Hareketi**

Tahrik konusu itibarı ile suçu içeriyorsa, yöneltilen husus açıkça bir suç ise, suça tahrik; tahrikin konusunu, suçun veya suçu dolaylı olarak gerçekleştirebilecek hareketin dışında bir husus oluşturuyorsa tahrik suçu meydana gelir. Bu bakımdan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda da tahrik bir fiile değil, kine ve düşmanlığa yöneldiğinden suç işlemeye tahrik suçu değil, tahrik suçu oluşmaktadır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu serbest hareketli bir suçtur. Bu sebeple belirli bir fiilin gerçekleştirilmesi aranmaz. Tahrik sözle, yazıyla ya da işaret ile olabileceği gibi, ricada bulunarak, nasihat ederek, yalvararak, emir vererek, hile yaparak, tehdit ederek, inandırarak vs. şekillerde gerçekleştirilebilir. Fakat suçun oluşması için, tahrikin itici bir özelliğe sahip olması, etkili ve inandırıcı bir çağrı içermesi gerekmektedir. Tahrikin harekete geçirici özelliğinin bulunmasının gerektiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.04.2008 tarihli kararında “*Tahrik başkalarını harekete geçirebilme imkanını ifade etmektedir. Kişiyi harekete geçirici iradesi üzerinde doğrudan doğruya psikolojik etki yapmaya yarayan bir davranış anlamındadır. Şayet açıklanan düşüncede söylenen sözlerde tahrik edici, harekete*

<sup>257</sup> Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, s. 29, dp 117'den, Faruk Erem, **Ceza Hukuku Hususi Hükümler**, C.II, Ankara, 1971 s. 324.

<sup>258</sup> Bayraktar, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, s. 31.

*geçirici bir özellik bulunuyorsa bu tahrik teşkil eder ve düşünce özgürlüğünün sınırları dışında kalır, fiilde tahrik edici özellikler saptandıktan sonra ayrıca tehlikenin yakın olması şartı aranmamalıdır. Bireyleri harekete geçirici, tahrik edici sözler ve düşüncelere sadece bu özellikleri nedeni ile toplum hayatı ve düzeni bakımından tehlike teşkil eder.”*<sup>259</sup> denerek tahrikin harekete geçirebilme imkanın sahip olması gerektiği ifade edilmiş; bu hususun yanı sıra, tahrik oluşturan hareketin, tahrik edilenlerin, belirli özellikleri bulunan halk kesimlerine karşı düşmanlık veya kin beslemelerine, bu suretle insanlar arasında kitlesel düşmanlıkları uyandırmaya elverişli olması gerektiği de belirtilmiştir. Bu elverişlilik objektif ve sübjektif bakımdan bulunmalıdır. Yani tahrik sayılan harekette tahrikle ulaşılmak istenen bu amaç açıkça ortaya konulmalıdır.

765 sayılı TCK'nın yerine 5237 sayılı TCK'nın getirilmesinden evvel de Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20.11.1985 tarihli kararda *“Etkili ve inandırıcı bir çağrı, tahrik kavramı ile birlikte bulunmalıdır. Dolaylı etkilemeler tahrik kavramı için yeterli sayılamaz. Tahriki oluşturan hareket, yöneldiği kişilerin suç işlemelerini isteyici, sağlayıcı bir özelliğe sahip olmalıdır. Bu nedendir ki, tahriki ortaya çıkaran sözlerde, yayın araçlarında, tahrikle ulaşılmak istenen amacın açıklıkla belirtilmesi ve bunun gerçekleşmesine doğrudan doğruya yönelen bir hareket biçiminin bulunması ve başka bir anlatımla güdülen amaç ile tahrik hareketi arasında yakın bağların var olması gerekmektedir.”*<sup>260</sup> yönünde karar verilerek tahrikin elverişli nitelikte olması aranmıştır. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 10.10.2001 tarihli kararında *“Spiker sanığın, görevli olduğu özel radyoda, olay günü başörtüsü konusunda yapılacak gösteri yürüyüşünde katılımı sağlamak amacı ile çağrı niteliğinde konuşma yapmaktan ibaret eylemi TCK m. 312/2’de tanımlanan suçu oluşturmaz.”*<sup>261</sup> denerek objektif ve sübjektif bakımdan tahrik niteliği taşımayan ve sadece basit bir çağrı niteliğinde olan hareketin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Tahrikin konusu kin ve düşmanlığa yöneliktir. Bu sebeple suçun oluşumu için daha önce açıklamış olduğumuz kin ve düşmanlık tanımı dikkate alındığında, halkın

<sup>259</sup> Yar. CGK., 2007/8-244 E. ve 2008/92 K., 29.04.2008 T. (Karar için bkz. www.kazancı.com)

<sup>260</sup> Yar. 8. CD., 1985/4937 E. ve 1985/5298 K. 20.11.1985 T. (Kararı aktaran Savaş, Mollamahmutoğlu, s. 3016).

<sup>261</sup> Yar. 8. CD. 2001/12101 E. ve 2001/14511 K., 10.10.2001 T. ( YKD C. 28, S. 1, Ocak, 2002, s. 144).

sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesimleri birbirine karşı, öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlığa, nefret ve kötülüğe tahrik etmiş olmalıdır. Fıkra metninde belirtilen farklı özellikteki gruplardan birinin kötülenmesi, ağır biçimde tenkit edilmesi yeterli olmayıp suçun oluşması için iki grubun karşılaştırılması aradaki zıtlığın ve menfaat çelişkilerinin ortaya konulması ve bu yapılırken gruplar arasında kin ve düşmanlık doğuracak nitelikte sözlerin sarf edilmesi gerekir. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 04.02.1998 tarihli “*Sanığın bir dergide yayımlanan röportajında; kendisinin Said-i Nursi ’nin takipçileri aczmen dilerin lideri olduğunu belirterek Kemalist düşünceyi benimseyenleri kastetmek sureti ile Kemalizmin ve laikliğin Allah düşmanı, Kur’an düşmanı ve İslam Düşmanı bir din ve rejim olduğunu, Müslümanların bu rejimle cihad etmesi gerektiğini söylemesi yazının bütünlüğü içinde ele alındığında TCK’nın 312/2. maddesinde yer alan halkı din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek suçunu oluşturur.*”<sup>262</sup> yönünde verdiği karar da Yargıtay uygulamasının bu yönde olduğunu göstermektedir. Bu hususun yanı sıra suçun oluşması için tahrikin belirtilen grupları karşı karşıya getirmesi aranmaz, eğer bu şekilde bir durum oluşursa suç işlemeye tahrik suçu oluşacaktır.

Malkoç, Türk uygulamasına konu eylemleri, yaptığı tespitlere göre bu gün için dört başlık altında toplamıştır. Bunlar: 1) İslami kuralların zorla yerleştirilmesi için yapılan propagandalardan 2) Bölücü düşüncelerin açıklanmasından öte şiddetin önerildiği olaylardan 3) Mevcut düzenin zorla yıkılmasını öneren ve teşvik eden sözlerden 4) Türkiye’de mevcut başlıca iki mezhep olarak Alevi ve Sünnilerin birbirlerine karşı kışkırtıldığı olaylardan oluşmaktadır<sup>263</sup>.

### c) Aleniyet

“Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu” nun oluşması için yapılan tahrikin alenen yapılması gerekir. 5237 sayılı TCK’da da 765 sayılı TCK’da<sup>264</sup> olduğu gibi aleniyetin tanımı getirilmemiş olup, bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır.

<sup>262</sup> Yar. 8. CD., 1998/19078 E. ve 1998/1127 K., 04.02.1998 T. (YKD C. 24, Sayı: 5, Mayıs 1998, s. 778).

<sup>263</sup> Malkoç, **Açıklamalı- İctihathı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1528-1531.

<sup>264</sup> 765 sayılı TCK’da aleniyet tanımı verilmemiş olsa da, bu kanunda “askerliğe itaatsizliğe tahrik” cürmünü düzenleyen 153. maddenin 4. fıkrasında fiilin aleni olarak nasıl işleneceği düzenlenmiştir. Buna göre “Fiil:

1- Matbuat vasıtası ile veya herhangi bir propaganda vasıtası ile;

Gözübüyük'e göre, aleniyet fiilin umumi veya umuma açık bir yerde başkalarının görüp işitebileceği tarzda işlenmesidir<sup>265</sup>. Erman'a göre aleniyet, kalabalık sayıda kimselerin fiili öğrenmelerini mümkün kılabilen herhangi bir vasıta ile eylemin işlenmesidir<sup>266</sup>. Önder'e göre, bir yerin özel veya umuma açık bir yer olması arasında aleniyetin kabulü bakımından fark yoktur; önemli olan fiili bir durumdur ve yapılan hareketin algılanabilme imkanındır<sup>267</sup>. Dönmezer'e göre aleniyetin tespiti fiilin işlendiği yere göre yapılmalı, bu sebeple fiil genel yerlerde ika edilmiş ise başkaları tarafından görülse de görülmese de aleniyet varsayılmalı; fiil özel bir yerde gerçekleşiyorsa ve bu fiilin işlenmekte olduğu üçüncü kişiler tarafından algılanabilir mahiyette ise de aleniyet varsayılmalıdır<sup>268</sup>. Artuk, Gökçen, Yenidünya'ya göre yerin niteliği aleniyetin kabulü bakımından önemsiz olup, özel bir yer de aleniyetin gerçekleşmesi için müsait olabilir; bu sebeple eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir mahiyette olması aleniyetin kabulü bakımından yeterlidir<sup>269</sup>. Yaşar, Gökcan, Artuç'a göre de aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır<sup>270</sup>. Malkoç'a göre ise aleniyet kavramı belirlenirken, söz ve davranışların ortaya konduğu yer, kişilerin sayısı ve nitelikleri dikkate alınmalı, özel yerlerde ve belli bir arkadaş grubu ile yapılan konuşma ve tartışmalar aleniyet kavramına dahil edilmemeli, aleniyet başkaları tarafından görülebilmeyi ve bilinebilmeyi ifade etmelidir<sup>271</sup>. Kıyak'a göre genel olarak umumi mahaller ile umuma açık mahallerde işlenen fiillerde alenilik mütalaa edilebileceği gibi hususi bir mahalde de olsa herkesin görüp duyabileceği hal ve şartlar içinde de suç işlenirse aleniyet kabul edilmelidir<sup>272</sup>. Özütürk'e göre ise aleniyet, toplum için

---

2- Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda;

3- Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibarı ile hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır." 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde bu fıkra yer alan aleniyet tarifinin ceza kanununda aleniyetin yer aldığı her madde için uygulanıp uygulanamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

<sup>265</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, "Amme Nizamına Karşı Cürümler", AD, Ekim 1971, s. 634.

<sup>266</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 454'ten Sahir Erman, **Hakaret ve Sövme Suçları**, İstanbul, 1989, s. 207 vd.

<sup>267</sup> Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 376.

<sup>268</sup> Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975 s. 144 vd.

<sup>269</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 455.

<sup>270</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 6069.

<sup>271</sup> Malkoç, **Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1531.

<sup>272</sup> Kıyak, s. 919.



gerçek bir tehlike ihtimali olan hallerde düşünölmeli, hususi yerlerde yapılan tartışmalar da ise kabul edilmemelidir<sup>273</sup>.

Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere aleniyetin tanımında farklı görüşler bulunmakta olup; bu görüşlerin bir kısmına göre hareketin yapılmış olduğu yer ön plandadır ve bu yere önem verilmek istenmektedir. Bir kısmına göre de üçüncü kişilerin bir yere girip girebilme imkanlarına göre kavram belirtilmek istenmektedir. Son olarak ise yapılan hareketin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilme imkanının varlığı aleniyetin kabulünde esas alınmaktadır

Kanımızca yerin niteliği aleniyet bakımından önemsiz olup aleniyet için esas, hareketin algılanabilme imkanının varlığıdır ve bu da tahrikçinin durumuna göre tespit edilmelidir. Tahrikçinin hareketinin algılanabilir nitelikte olması fiilen ve objektif olarak haberdar olunması aleniyetin kabulü için de yeterlidir. Hareketin algılanabilme imkanı tahrik edilen değil tahrik eden kişi göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir ve tahrikçinin kastı esas alınmalıdır. Tahrikçinin tahrik teşkil eden hareketlerinin kişiler tarafından algılanabilirliğini mutlak olarak bilmesi de gerekmeyp; bunun imkan içinde bulunması da yeterlidir ve tahrik teşkil eden hareketlerin de anlaşılabilir olması şart değildir. Algılanabilirlik belirsiz bir çok kişi için mevcut olmalıdır. Kişiler ferden belirlenmişse ve belirlenebilir nitelikte ise aleniyet bulunmamaktadır. Tahrikçi hareketlerinin objektif olarak algılanabilirliğini bilmiyorsa aleniyetten söz edilemez. Birden çok kişinin varlığı aleniyet için şart olmadığı gibi herhangi bir kişinin de varlığı şart değildir. Askeri Yargıtay'ın 10.10.1972 tarihinde "*Fiilin umumi ya da umuma açık bir yerde başkalarının görüp işitebileceği bir tarzda işlenmesi veya fiile bir çok kimselerin kolayca vakıf olmalarına imkan bahşedecek her türlü vasitanın kullanılması anlamında anlaşılması icap eder.*"<sup>274</sup> yönünde vermiş olduğu karar ile , Yargıtay'ın 1. Ceza Dairesinin 14.10. 1955 tarihinde "*Aleniyet kavramı, suçun herhangi bir kimsenin görüp işitebileceği yerde işlenmesini ifade eder.*"<sup>275</sup> ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.07.1955 tarihinde vermiş olduğu "*Hareketin mutlak olarak açık bir mahalde işlenmekle alenen vuku bulmuş addedilemeyeceğine, aleniyet unsurunun tekevvünü için bu fiilin umumun gelip geçtiği yollar veya halkın toplandığı, girip*

<sup>273</sup> Özütürk, s. 184.

<sup>274</sup> Askeri Yargıtay 3. D., 1972/358 E. ve 1972/357 K., 10.10.1972 T. (Kararı aktaran Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.377).

<sup>275</sup> Yar. 1. CD., 1955/2861 E. ve 1955/1897 K. 14.10.1955 T. ( Kararı aktaran Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.377).

*çıkacağı yahut her zaman toplanması ve girip çıkması mümkün olan yerler gibi umumi mahallerde ikâi lazımdır.*<sup>276</sup> şeklindeki kararları da aleniyet hakkındaki görüşümüzle benzer nitelikte olup; aleniyetin varlığı için yerin önemi bulunmadığına, belirsiz kişilerin algılayabilmesi imkanının varlığı yeterli bulunduğuna ilişkin kanatimizi destekler niteliktedir..

Kimi yazarlara göre kanunkoyucu, eylemin cezalandırılmasında aleni biçimde işlendiği takdirde, eylemi sosyal bakımdan cezalandırılabilir eylem olarak düzenlemiştir ve bu sebeple aleniyet objektif cezalandırılabilme şartıdır<sup>277</sup>. Aleniyet, objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirildiğinde ise, failin kastının bu şarta yönelmiş olması aranmayacaktır. Soyaslan'a göre ise eğer fail aleniyetin varlığını bilmiyor ise yani aleniyet açısından kastı yoksa suç oluşmayacaktır, bu sebeple de suçun unsuru olarak kabul edilmelidir<sup>278</sup>. Gökçen de aleniyetin suçun unsuru olarak kabul etmektedir<sup>279</sup>. Kanımızca da aleniyet bu suç bakımından kurucu unsurdur ve hareket unsurunun bir niteliği ve özelliğidir. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere aleniyetin oluşması için tahrikçinin objektif olarak algılanabilirliği bilmesi gerekmektedir. Bu husus objektif cezalandırma şartında aranmazken, unsur bakımından aranacak ve aleniyetin unsur olarak kabul edilmesi sebebi ile de failin kastının aleniyete yönelik olması gerekecektir.

### 3. Netice

#### a) Genel Olarak

Suçun işlenmesi ile korunan hukuki menfaat ihlal edilirken; suçun konusuna zarar verilmekte veya suçun konusu tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Bu sebeple suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar tehlike ve zarar suçları olarak ayrılmaktadır. Zarar suçlarında, failin yaptığı hareket dolayısıyla korunan hukuki menfaat üzerinde bir zararın meydana gelmesi ve failin hareketi ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunması aranmakta olup; tehlike suçlarında hareketin yöneldiği

<sup>276</sup> Yar. CGK., 1955/2-71 E. ve 1955/67 K., 04.07.1955 T. (Kararı aktaran Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.377).

<sup>277</sup> Aktaran Cihan, s. 109, Aynı yönde görüş için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, "İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu" (TCK 216/1), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006 (Erişim için [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)).

<sup>278</sup> Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bs., Ankara: Savaş Yayınları, 1997, s. 435.

<sup>279</sup> Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, s. 142 vd.

korunan hukuki menfaatin objektif zarara uğrama tehlikesi ile karşılaşmış olması gerekir. Kanun koyucu, tehlike suçlarında, bazı hukuki değerleri daha etkin koruyabilmek amacı ile, bunları ihlal eden davranış sebebi ile failin cezalandırılabilmesi için, korunan hukuki menfaat üzerinde zarar tehlikesini yaratabilme imkanının varlığını suç tipinin işlenmesi için yeterli görmüştür.

Tehlike suçları kendi içinde soyut ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Soyut tehlike suçları, suçun kanuni tanımında yer alan hareketin işlenmesinin o suçun oluşması bakımından yeterli görüldüğü suç tipini ifade etmektedir ve bu suçlar belli hareketlerin korunan hukuki menfaat bakımından genel olarak tehlikeli olduğu yönünde kanuni bir uyarı teşkil eder<sup>280</sup>. Soyut tehlike suçlarında, somut olayda suçla korunan hukuki menfaatin gerçekten tehlikeye düşürülüp düşürülmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.

Somut tehlike suçlarında ise, norma aykırı bir davranışın korunan hukuki menfaat bakımından tehlikeli olabileceği varsayımına dayanılır ve somut olayda tehlikenin somut olarak ortaya çıkması halinde böyle bir hareket cezalandırılır. Hakim somut tehlike suçlarında suçun kanuni tanımında gösterilen fiilin işlenmesinin yanı sıra, bu fiilin suçun korunan hukuki menfaat bakımından gerçekten bir tehlikeye sebebiyet verip vermediğini araştıracaktır.

Aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu somut tehlike suçudur ve kanaatimizce suçta tahrikin kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike ortaya çıkarması aranır. Suç kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin oluşması ile tamamlanmaktadır<sup>281</sup>.

<sup>280</sup> Daragenli'ye göre hukuksal zarara zarar veren suçlar zarar suçlarını, tehlikeye sokan suçlar ise tehlike suçlarını oluşturur. ( Ayrıntılı bilgi için bkz. Vesile Sonay Daragenli, "Tehlike Suçları", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 163-188); Önder'e göre ister zarar suçu ister tehlike suçu olsun, bir suçun işlenmesi halinde hukuki değer ihlal edilmektedir. Buna karşılık zarar gören ya da tehlikeye maruz kalan hukuki değer değil, suçun konusu ve dolayısıyla mağdur ya da mağdurlardır. (Bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, İstanbul, 1992 s.59).

<sup>281</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya tarafından, kamu güvenliği yönünden açık ve yakın tehlikenin oluşması, somut tehlike suçunun neticesi olarak görülmeyle objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülmüş ve bu hususta çelişkiye düşülerek açık ve yakın tehlike objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülmesine rağmen suçun konusu içinde değerlendirilmiştir. (Görüş için bkz. Artuk, Gökçen , Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 470-471) Oysaki suçun maddi unsurlarından farklı olarak objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığı suç bakımından kast kapsamında mütalaa edilmemekte, zaten bu sebeple cezalandırılabilme şartlarının objektifliğinden söz edilmektedir. Bu sebeple söz konusu suç kapsamında açık ve yakın tehlike kriteri objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmeyerek ve suçun konusuna dahil edilmeyerek netice kapsamında değerlendirilmelidir.

### b) Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu Bakımından Netice

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun netice unsuru bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bu görüşlerde aleniyete getirilen tanıma göre suçun tamamlanma anı ve neticesi belirlenmiştir. Bayraktar, Önder ve Malkoç'a göre suç tahrik teşkil eden fiilin işlenmesi ile tamamlanır. Tahrik edilenlerin fiili algılamış olmaları aranmaz. Hareketin öğrenilebilir nitelikte olması yeterlidir ve suç o anda oluşur<sup>282</sup>. Soyaslan ve Gözübüyük'e göre tahrik edilenlerin hareketi algılamaları anında suç oluşur<sup>283</sup>. Gökçen'e göre ise suçun umumi ya da umuma açık bir yerde işlenmesi halinde fiilin tahrik edilenler tarafından algılandığı anda suçun tamamlandığı kabul edilmelidir<sup>284</sup>.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu yukarıda da belirttiğimiz üzere somut tehlike suçudur. İnceleme konumuz olan suçta tahrikin kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike ortaya çıkarması aranır. Suç kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin oluşması ile tamamlanmaktadır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşması için kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin netice bakımından gerçekleşmesi gerekir. Nitekim, her ne kadar madde gerekçesinde açık ve yakın tehlike oluşması halinde suçun cezalandırılacağı belirtilmiş ise de, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin oluşumu ile suçun gerçekleşeceği de belirtilmiştir.

Söz konusu suçun oluşması için kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak ortaya çıkması gerekir. Hakim kullanılan ifadeler dolayısıyla bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstererek belirleyecektir. Bu sebeple kişinin eyleminin kamu güvenliğini bozma açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturduğunun tespiti gerekmektedir. Böyle bir tehlike oluşmadığı müddetçe suç tamamlanmayacaktır. Açık ve yakın tehlike belirlendiği zaman hakim böyle bir durumun ortaya çıktığına dair somut olguların varlığına ilişkin dayanak noktalarını tespit etmeli ve kararında göstermelidir. Eylemin, kamu güvenliği üzerinde açık ve yakın tehlike meydana getirip getirmediği

<sup>282</sup> Bayraktar, s. 185, Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 419, İsmail Malkoç, Mahmut Güler, **Uygulamada TCK Özel Hükümler 2**, Ankara: Adil Yayınevi, 1996, s. 2361.

<sup>283</sup> Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 1997, s. 442, Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi**, C:II, s. 535.

<sup>284</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 455.

bakımından her somut olayın özelliklerine göre suça konu olan konuşma metni, yazı, bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmeli, failin konumu, yaşantısı, eylemin işlendiği koşullar ve etkenlerinin neler olduğu üzerinde durularak mahkemece takdir yapılmalıdır. Bu düzenleme sonucunda şu hususa dikkat edilmelidir ki; sadece şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler madde kapsamında değerlendirilecektir.

Bir görüşe göre, düşmanlığa veya kin beslemeye tahrikin kamunun güvenliği için tehlikeli olması hali objektif bakımdan aranmalı; yani fiil, birbirine karşı tahrik edilen gruplar arasında çatışma tehlikesi meydana getirmelidir. Diğer bir görüşe göre, tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olması hali sübjektif açıdan, yani suçun mağduruna bakılarak belirlenmelidir. Bu durumda failin kin ve düşmanlığa tahrik ettiği toplum kesimi, tahrike maruz kalan halk kesimi üzerinde fiili hareketlere geçeceği konusunda, korku ve endişe meydana getirmiş ise, diğer bir ifade ile tahrikin mağduru olan bu kitlede hukuka olan güven sarsılmışsa suç gerçekleşir. Bazı yazarlara göre ise, hem objektif hem de sübjektif değerlendirme yapılmalıdır<sup>285</sup>. Özü Türk' göre, kin ve düşmanlığa tahrikin umumun emniyeti için tehlikeli bir hal alması hususu, sübjektif esaslara göre tayin edilmemelidir. Tahrikin ciddiyeti, bu halin neticesinde gerçekleşmesi muhtemel tehlikelerin önlenmiş olduğunda tereddüt edilemeyecek derecede objektif olarak tespit edilmelidir<sup>286</sup>.

Yargıtay'ın 18.06.1974 tarihli kararında “*Tahrikin umumun emniyeti için tehlikeli tarzda olması demek işlenen tahrik ve hareketlerinin, ülke kamu düzenini ve kamu güvenliğini bozabilecek mahiyette bulunması demektir. Tahrik neticesinde, umumun emniyetinin tehlikeye düşmüş veya bozulmuş olması gerekmez. Bu tehlikenin meydana gelebilmesi yeter sayılır.*” diyerek fiilin objektif olarak kamu güvenliği için tehlike oluşturması yeterli gördüğünü belirtmiştir<sup>287</sup>.

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, failin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu işlediğinin kabul edilebilmesi için eylemi sonucunda, bir toplumda kolluk hizmetleri yolu ile sağlanan can ve mal güvenliği anlamına gelen kamu düzeni kavramından daha dar olan kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması gerekir.

<sup>285</sup> Aktaran Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 470, dp 127.

<sup>286</sup> Özü Türk, s. 190.

<sup>287</sup> Yar. 8. CD. 2/2, 18.06.1974 T. (Kararı aktaran Savaş, Mollamahmutoğlu, s. 3019).

Açık ve yakın tehlike<sup>288</sup> ölçüsünde açıklık, tehlikenin, kuşkuya meydan vermeyecek şekilde ortaya çıkmasını; yakınlık ise, düşünce açıklamasında kullanılan kelimelerin somut tehlike yani zarar yaratma olasılığına yakın olmasını ifade etmektedir<sup>289</sup>. Zararın ortaya çıkması olasılığının kaçınılmazlık ölçüsünde yüksek olmasının yanı sıra, düşünce açıklamasının açık ve doğrudan bir tehdit içerip içermediği de her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>290</sup>.

Bir düşünce açıklamasının açık ve yakın tehlike oluşturmasına ilişkin olarak, yapılan açıklamanın belli zaman ve durumlarda, kamu düzeninde, normal çalkalanma ve huzursuzlukları da aşacak şekilde önemli bir rahatsızlığa yol açıp açmadığına bakılır<sup>291</sup>. ABD Yüksek Mahkemesinin uyguladığı açık ve mevcut tehlike kriteri ise daha sıkı şartlar oluşturmakta olup şu şekildedir: 1- Düşüncelerin açıklandığı koşullar ifadenin açıklanması açısından gerçekten bir tehlike meydana getirecek nitelikte olmalıdır. Tehlikenin olması için sadece korkunun varlığı yeterli değildir.

2- Herhangi bir düşüncenin açıklanması ile yani iç alemden dış dünyaya çıktıktan sonra tehlikenin ortaya çıkmış olması gerekir. Farklı biçimde ifade etmek gerekirse, böyle bir durumda sadece niyet yeterli değildir, tehlike oluşturabilecek bir düşüncenin açıklanmış olması gerekir.

3- Bu tehlikenin devletin mutlaka önlemek zorunda olduğu aşırı derecede ciddi olması gerekir. Tehlikenin bertaraf edilebilmesi için düşüncenin sınırlandırılmasından başka bir çarenin kalmaması gerekir.

4- Ortaya çıkan tehlike ile düşüncenin açıklanması arasında uygun bir nedensellik bağının olması gerekir.

5-Tehlikenin yakınlık derecesi oldukça yüksek olmalıdır<sup>292</sup>.

<sup>288</sup> 765 sayılı TCK'nın 312. Maddesinde son değişikliği yapan 4744 sayılı kanunun gerekçesinde "Çağdaş demokratik ceza hukuku şu yolu ve stratejiyi uygulamaktadır. Soyut tehlikeyi değil, somut tehlikeyi suç halinde getirmek, somut tehlike suçlarını kabul etmek ve değişik maksatlarla yapılan açıklamaları, gerçek unsurları itibariyle belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarmaları halinde cezalandırmak, yani zorunluluk hallerinde tahriki cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakmak. Bu yaklaşım –ABD Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği ölçü ile- açık ve mevcut tehlike kavramına da daha uygundur." denerek açık ve mevcut tehlike kavramına değinilmiş olup; bu kavram 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesinin 1. fıkrasında açık ve yakın tehlike olarak kabul edilmiştir. (Gerekçeyi aktaran Malkoç, **Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1527).

<sup>289</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 6070.

<sup>290</sup> **Ibid.**

<sup>291</sup> Ömer Korkmaz, "Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları", **Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 130.

<sup>292</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 73-74.

Açık ve mevcut tehlike testini hiçbir kararında kullanmayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ifadenin içeriğine, ifadenin açıklanmasındaki özene, yapıldığı bağlam, açıklamayı yapanın toplumdaki konumuna ve amacına, açıklamanın konusuna ya da hedef aldığı kişi veya gruba, düşünce açıklamasının potansiyel etkisine, ifadeyi açıklayanın düşüncesini başka kavramlarla dile getirebilmesinin mümkün olup olmadığına, uygulanan yaptırımın oranlılığı ile potansiyel caydırıcı etkisine, yargısal korumanın etkililiğine, kısıtlanan düşüncede mahkemelerin ortaya koyduğu gerekçelere göre değerlendirme yapmaktadır.

TCK'nın 216/1. maddesi TBMM genel kurulunda değiştirilip son halini aldığı için bu fıkranın gerekçesi "açık ve mevcut tehlike" kriterini arama bakımından madde ile uyumlu değildir. Nitekim 1. fıkranın değişiklik gerekçesi şu şekildedir *"Ülkemizde ifade özgürlüğünün genişletilmesi süreci ve AİHM kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak, madde metninde ifade özgürlüğünün kapsamını genişletmek amacı ile "açık ve yakın" tehlike koşulu eklenmiştir. Buna göre, söz konusu suçun oluşabilmesi için, işlenen fiil nedeni ile kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Açık ve yakın tehlikenin belirlenmesinde hakim böyle bir durumun ortaya çıktığına dair somut olguların varlığına ilişkin dayanak noktalarını tespit etmesi ve bunları kararında göstermesi zorunludur. Değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere burada alınacak kriter açık ve mevcut tehlike değil "açık ve yakın tehlike" kriteri olacaktır<sup>293</sup>.*

Sonuç olarak halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile korunan hukuki menfaat kamu barışıdır ve somut tehlike suçudur. Eylem gerçekleştirildiğine hakim tarafından eylem sonucunda kamu güvenliğinin açık ve yakın tehlikeye düşüp düşmediğine, tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair dayanak noktaları gösterilerek bakılacaktır. Kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin oluştuğunun kabul edilmesi durumunda da halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun gerçekleştiği kabul edilecektir.

### c) Teşebbüs

Bir suçun varlığından söz edilebilmesi için tüm unsurlarının tamamlanmış olması gerekmektedir. Bunlardan birinin eksik kalması halinde suçun varlığından söz

<sup>293</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 392.

edilemeyecektir. Bir suçun icrasına başlanıp tamamlanamaması hali maddi unsurdaki eksikliği ifade etmektedir<sup>294</sup>. Suça teşebbüs olarak adlandırılan bu durumda, unsurlardan birindeki eksikliğe rağmen suç cezalandırılmakta olup, teşebbüsün cezalandırılması TCK'nın 35. maddesindeki şartların gerçekleşmesine bağlıdır. TCK'nın 35. maddesine göre “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu tutulur.*” TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüsün gerçekleşmesi için suç işleme kastı olmalı, elverişli hareketler yapılmalı, icra hareketlerine başlanmalı ve failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketleri bitirilememeli veya netice gerçekleşmemelidir.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu somut tehlike suçu olup; doktrinde ağırlıklı görüş, somut tehlikenin meydana gelmesini suçun netice unsuru olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre somut tehlike failin kastının kapsamında olmalı ve somut tehlikenin gerçekleşmediği hallerde fail suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır<sup>295</sup>. Azınlıkta kalan görüş ise somut tehlikenin gerçekleşmesini objektif cezalandırma şartı olarak görmektedir. Bu görüşe göre kastın somut tehlikeyi kapsamaması gerekmeyecek ve bu suçlara teşebbüs cezalandırılmayacaktır. Somut tehlikenin gerçekleşmesini objektif cezalandırma şartı olarak kabul eden görüşe göre, bu tür suçlarda kanuni tarife uygun fiilin işlenmesi ile bir haksızlık gerçekleşmektedir ve bu haksızlığın oluşumu için gerçekleştirilen fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlikeye sebebiyet vermesi gerekmez; ancak bu tür fiiller dolayısıyla ceza hukukunun müdahalesi, somut bir tehlikenin meydana gelmesi halinde mümkün olacaktır ve bu itibarla somut tehlikenin oluşumu, söz konusu suçlar açısından bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak anlaşılmalıdır<sup>296</sup>.

Kanaatimizce somut tehlike suçlarında hareketin korunan hukuki menfaate zarar verebilme ihtimalinin cezalandırılması söz konusu olup; korunan hukuki menfaate zarar vermeye uygunluk yani tehlike, sadece harekete geçildiği anda tahmin edilen ya da bilinen değil, hareket gerçekleştirildikten sonra ortaya çıkan durumlar da dikkate alınarak tespit edilebilir. Teşebbüs halinin cezalandırılabilmesinin sebebi de suçla korunan hukuki menfaatin zarara uğratılma

<sup>294</sup> Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 263, Ankara, 1970, s.59.

<sup>295</sup> Aktaran Koca, Üzülmüş, s. 150.

<sup>296</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 206.



ihtimalinin gerçekleşmiş olmasıdır. Bu noktada zarar suçlarının teşebbüs halinde kalmış hali ile tehlike suçları arasında benzerlik vardır. Nitekim somut tehlike suçunun teşebbüs halinde kalmış olması halinde de ortada bir haksızlığın bulunması sebebi ile tehlike ortaya çıkmamış olsa dahi bu halin suç siyaseti gereğince cezalandırılması gerekmektedir. Yapmış olduğumuz açıklamaları bir somut tehlike suçu olan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından değerlendirecek olursak, bu suç tipinde açık ve yakın tehlikenin oluşması objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilemeyecek, suçun icra hareketleri tamamlanmış olması durumunda açık ve yakın tehlikenin oluşmaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır<sup>297</sup>. Yaşanan somut olaya göre elverişli icra hareketlerine başlanmasına rağmen, failin elinde olmayan sebeplerle bu hareketlerin tamamlanamaması halinde de teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

#### **F. Manevi Unsur**

Failin sorumlu tutulması için suç tipine uygun, hukuk düzenine aykırı bir fiilin gerçekleştirilmesi gibi objektif unsurların aranmasının yanı sıra doktrinde manevi unsur, kusur veya kusurluluk olarak geçen sübjektif nitelikte unsurun bulunması da gerekmektedir.

Manevi unsur, işlenen fiil ile fail arasında bulunan manevi bağıdır. Bu bağ TCK'da kast ve taksir şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nın 21/1. maddesinde suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu açıklanmış ve kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. TCK'nın 21/2. maddesinde de olası kast öngörülmüş ve kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kastın varlığından söz edilmiştir. TCK'nın 22/2. maddesinde ise taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülemez olarak gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmış; TCK'nın 22/3. maddesinde ise kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksirin oluşacağı belirtilmiştir.

<sup>297</sup> 765 sayılı TCK döneminde suç sayılan aleni tahrik fiilinin yapılması ve tahrik edilenlerin bunu algılaması ile suç tamamlandığı için fiil tam teşebbüse elverişli olarak kabul edilmemekte; fakat icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa ve neticeye engel olan sebep, icra hareketleri yapılırken ancak henüz bitmeden ortaya çıkmışsa eksik teşebbüsün olduğu kabul edilmekteydi. Bu konuda tipik örnek olarak ise düşmanlık veya kin beslemeye tahrik içeren ilanın yer aldığı gazetenin satılması için bayilere götürülürken veya bayilere götürüldükten sonra, henüz satışa arza edilmeden toplatılması durumuydu. Bu sebeple 765 sayılı TCK döneminde 2002 değişikliği öncesi soyut tehlike suçu olarak değerlendirilen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda ancak eksik teşebbüs kabul edilebilmekteydi.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik bakımından suç kasten işlenebilen bir suçtur ve taksirle işlenemez. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleşmesi ile tamamlanır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.02.1990 tarihinde vermiş olduğu kararda “*Göreve yeni başlaması nedeni ile, çevreyi ve öğrencileri yeteri kadar tanımadığı anlaşılan sanığın, hangi görüşün hakim olduğunu bilmediği bir ortamda suç kastı ile hareket edip atılı sözleri söylemesi mümkün görülmediğinden, kişiliği yönündeki olumlu bilgiler ve deneyimsizliği de dikkate nazara alınarak aksi kanıtlanmayan savunmasına itibar etmek gerekir. Sanığa yükletilen suçun kast unsuru gerçekleşmediğinden, mahkumiyetine karar verilemez.*” denerek halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun kasten işlenebileceği vurgulanmıştır<sup>298</sup>. Bunun yanı sıra failin kastı açık ve yakın tehlikeyi de kapsamalıdır. Yani fail halkın bir kesimini diğer kesimi açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkabileceğini bilerek aleni olarak kin ve düşmanlığa tahrik etmeli, açık ve yakın tehlikenin oluşacağını en azından öngörmelidir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun olası kast ile işlenebilmesi de mümkündür. Bu bakımdan fail hareketinden doğacak olan açık ve yakın tehlikeyi öngörmüş olmalı ve fakat bu tehlikenin meydana gelmesine duyarsız kalmış olmalıdır.

Bu hususların yanı sıra suçun işlenmesine yönelik hareketin tahrik teşkil edebilmesi için, sarf edilen söz ya da hareketler ciddi olmalıdır, ciddi olmaması durumunda bu suçun varlığından söz edilemeyecektir<sup>299</sup>. Ciddi olarak yapılmamış bir tahrik, muhatabı tarafından ciddi nitelikte kabul edilmesi halinde suç oluşmazken, ciddi bir şekilde yapılmış bulunan tahrik muhatabı tarafından gayriciddi kabul edilse de suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilecektir<sup>300</sup>.

Özel kastın aranıp aranmayacağı ise tartışmalıdır. Akkaş'a göre fail halkı kin ve düşmanlığa sevk etmek amacı ile hareket ettiği için bu suç ancak özel kastla işlenebilir<sup>301</sup>. Gökçen ise 765 sayılı TCK döneminde suç tipinin düzenlediği maddede failin özel kastına doğrudan işaret eden bir ibare mevcut olmamasına

<sup>298</sup> Yar. CGK., 1990/8-374 E. ve 1990/215 K., 12.02.1990 T. (Kararı aktaran Savaş, Mollamahmutoğlu, s. 3004).

<sup>299</sup> Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 380.

<sup>300</sup> **Ibid.**

<sup>301</sup> Akkaş, “İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu” (TCK 216/1), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006 (Erişim için [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)).

rağmen hükmün kaleme alınış tarzı, tahrikin niteliği ve muhataplarda aranan hususiyetler sebebi ile suçun oluşması için özel kastın aranmasını savunurken<sup>302</sup>; 5237 sayılı TCK döneminde özel kastın aranmayacağını belirtmiştir<sup>303</sup>. Özütürk'e göre de genel anlamda suç kastı aranmakla beraber, özel kast da aranmalıdır<sup>304</sup>. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 10.06.1994 tarihli kararında “*Yazı bütünü itibarı ile yöre halkını, etnik köken ve bölge ayrımı gözetilerek, devlete karşı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edecek biçimde özel kastla yayınlanmış olduğu ve müsnet suçun unsurları açıkça oluştuğu halde objektif habercilik çerçevesinde yorumlanarak yayın amacı ile bağdaştırılmayan bir değerlendirme ile yazılı şekilde beraat kararı ittihazi bozmayı gerektirmiştir.*” denerek suç tipi bakımından özel kast aranacağı belirtilmiştir<sup>305</sup>. Malkoç/Güler 'e ve Cihan'a göre ise suçun oluşumu için genel kast yeterlidir<sup>306</sup>. Önder'e göre de failde tahrik fiilini gerçekleştirirken herhangi bir saikin bulunması aranmadığı için, saik bu suçta önemli değildir<sup>307</sup>.

Kanaatimizce, suçun tanımında failde bu suçu gerçekleştirirken herhangi bir saikin bulunması aranmadığı için bu suçlarda özel kastın bulunmasına gerek yoktur ve genel kastın bulunması yeterlidir. Nitekim eğer saik, suçlar bakımından, suçun temel şekline ilişkin bir manevi unsur oluşturmaktaysa bu durum kanunda açıkça belirtilmektedir. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçu açısından maddi menfaat elde etmek maksadının bulunması aranmakta olup, söz konusu suç özel kast ile işlenebilmektedir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından ise bu husus söz konusu değildir.

## G. Hukuka Aykırılık Unsuru

### 1. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, genel ifade ile hukuka karşı gelme, onunla çatışma halinde olmadır. Suçun bir unsuru olarak ise işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile

<sup>302</sup> Ahmet Gökçen, “Halkı Düşmanlığa veya Kin Beslemeye Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)”, **Polis Dergisi**, Sayı: 36, Temmuz/Ağustos/Eylül 2003, s. 395.

<sup>303</sup> Artuk, Gökçen, **Yenidünya 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 485 Ayrıca Artuk, Gökçen, Yenidünya açık ve yakın tehlike kriterini objektif cezalandırabilme şartı olarak görmesi sebebi ile fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan şartların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır.

<sup>304</sup> Özütürk, s.190.

<sup>305</sup> Yar. 8. CD. 1994/6163 E. ve 1994/7188 K.. 10.06.1994 T. (Kararı aktaran Feridun Yenisey, Cevat Özel, İçtihatlı Basın Mevzuatı, İstanbul: Beta Yayınları, 1996, s.107).

<sup>306</sup> Malkoç/Güler, **Uygulamada TCK Özel Hükümler 2**, s. 2363; Cihan, s. 127-128.

<sup>307</sup> Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 419.

hukuk düzenince izin verilmemesi, bu fiilin sakıncalı sayılması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir<sup>308</sup>.

Suç aynı zamanda hukuk düzenine aykırılıktır. Bu itibarla hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile fiil arasındaki ilişkinin ifadesi olup, bir fiilin hukuka aykırı olması onun tüm hukuk sistemine aykırı olması anlamına gelir. Farklı hukuk disiplinlerine ayrılan alanlarda sadece hukuka aykırı fiile bağlanan sonuçlar farklıdır, bu sebeple bir hukuk düzeninde bir fiil ya hukuka aykırıdır ya da hukuka uygundur.

Suçun hukuka aykırılık unsurunu kaldıran ve dolayısıyla fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denir. Kunter'e göre, hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşikten sonra yani fiil hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayıp aksine fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde ortaya çıkmasını sağlayan nedenlerdir<sup>309</sup>. Koca- Üzülmüş'e göre, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde fiil kanuni tarife uygun olmasına rağmen hukuka aykırı değildir, fiil hukuka aykırı olmadığı için de bir haksızlığın varlığından söz edilemez ve bu itibarla böyle bir fiile ne ceza hukukunun ne de başka bir hukuk dalının yaptırım bağlaması mümkündür<sup>310</sup>. Dönmezer- Erman'a göre de hukuk aykırılık, parçalanması mümkün bir kavram değildir; bir fiilin belirli bir hukuk dalına göre hukuka uygun, başka bir hukuk dalına göre hukuka aykırı sayılması, hukuk kavramına ters düşen bir çelişkidir. Ancak Dönmezer/Erman, bir fiilin hukuka uygun olduğu genel olarak tespit edildikten sonra, ceza hukuku bakımından da bu niteliği taşıyıp taşımadığını ayrıca araştırmak gerektiğini ve bunun için de sözü geçen fiilin suç tiplerinden birine uygun olup olmadığını incelemek gerektiğini belirtmektedir<sup>311</sup>.

5237 sayılı TCK'nın ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler bir arada düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme ya da bir başka deyişle görevin ifası

<sup>308</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, s. 479.

<sup>309</sup> Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 163 vd.

<sup>310</sup> Koca, Üzülmüş, s. 255.

<sup>311</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 10. Bs., İstanbul: Beta Basım, 1994, s. 9.

(TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) yer almaktadır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından ise hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilecek olan düşünceyi açıklama hürriyeti hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir.

## 2. Düşünce Hürriyeti

TCK'nın 216/1. maddesi açısından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilecek olan düşünceyi açıklama hürriyeti ya da bir başka deyişle ifade hürriyeti karşımıza çıkmaktadır. TCK'nın 26/1. maddesinde "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" denilerek, kişinin bir hakkını kullanması hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır.

Hak, hukuk düzeni tarafından çerçevesi belirlenmiş olan ve bireye özgür iradesi kendi kaderini belirleme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren gücü ifade eder<sup>312</sup>. Dolayısıyla hakkın kaynağını, kamu hukuku veya özel hukuk normları, idari veya özel hukuka ait bir işlem, örf adet hukuku oluşturabilir. Bu hakların usulüne uygun olarak kullanılması hiçbir şekilde suç teşkil etmez.

Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen subjektif bir hak bulunmalı, bu hak tanınma sebebi sınırları içinde kullanılmalı, hakkın kullanımı ile işlenen ve tipe uygun fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>313</sup>.

Anayasanın 25. ve 26. maddeleri kapsamında düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiş olup; Anayasanın 90. maddesine göre kanun hükmünde değerlendirilen AİHS'in 9. ve 10. maddesi kapsamında da düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler çerçevesinde düşünce hürriyeti kullanıldığı müddetçe TCK'nın 216/1. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu oluşmayacaktır. Nitekim TCK'nın 218. maddesinde "*Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*" denilerek bu hususa değinilmiştir. Söz konusu hüküm 19.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı kanunun 25.

<sup>312</sup> Koca, Üzülmez, s. 266.

<sup>313</sup> *Ibid.*, s. 266-267.

maddesi ile getirilmeseydi dahi yukarıda işaret ettiğimiz Anayasa ve AİHS'in ilgili hükümleri gereği düşünce açıklamalarının hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmesi gerekecekti. Bu bakımdan söz konusu hüküm bir nevi düşünce hürriyetinin TCK'nın 213, 214, 215, 216 ve 217. maddeleri kapsamında düzenlenen suçların hukuka uygunluk nedeni olduğunu vurgulama mahiyetindedir.

Anayasa ve TCK'da yer alan düşünce hürriyetini açıklamadan önce düşünme kavramını açıklamak gerekmektedir. Düşünme, insan beyninin bir fonksiyonu, bir faaliyetidir. Düşünce ise, bu etkinliğin ürünlerine, yani dile getirilen önermelere ya da ifadelere denir. Alacakaptan'a göre düşünme, insanın iç dünyasındaki fizik ve felsefi anlamda bir hareketlilik olup; düşünce ise düşünmenin elle tutulup kavranamayan, görülemeyen ne var ki, hissedilebilen ve bireyin, toplumun ve tüm insanlığın yaşamına yön ve şekil veren, bunları renklendiren en değerli insanlık ürünüdür<sup>314</sup>.

Düşünce hürriyeti genel kabul gören tanıma göre insanın bilgi kaynaklarına özgürce ulaşarak serbestçe fikir edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden ötürü kınanmama ve bu edindiği fikirleri meşru yollardan açıklayabilme imkan ve serbestliğidir. Teziç, düşünce hürriyetini insanın karşılaştığı tüm sorunlara vermek istediği yanıtları kendi kendine seçebilmesi, ya da şahsen hazırlayabilmesi, bireysel ve sosyal davranışlarını da bu yanıtlara uydurabilmesi olarak tanımlamıştır<sup>315</sup>. Beydoğan'a göre, düşünce hürriyeti, başkalarının özgürlüğü ile kişisel alanları ile sınırlı kalmak koşulu ile kişinin herhangi bir kayıtlama olmaksızın duygu ve düşüncelerini herhangi bir yolla açığa çıkarması ve başkalarına aktarabilmesidir<sup>316</sup>. Bıçak'a göre ise yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşünceyi serbestçe açıklama hürriyeti olarak tanımlanmıştır<sup>317</sup>.

<sup>314</sup> Uğur Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi", **Hukuk Kurultayı 2000**, C.2, Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2000, s. 18.

<sup>315</sup> Erdoğan Teziç, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, C.7, 1990, s. 33.

<sup>316</sup> Ayhan Beydoğan, **Türk Hukukunda Siyasal İfade Hürriyeti**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 14.

<sup>317</sup> Vahit Bıçak, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. 19.

Yukarıda işaret edilen tanımlara bakıldığı zaman düşünce hürriyetinin unsurları da farklılık arz etmektedir. Genel kabul gören anlayışa göre düşünce hürriyeti; düşünce sahibi olabilmek için kişilerin bilgi kaynaklarına hür bir ortamda ulaşabilmelerini, seçme yapabilmelerini, bunlardan istediği sonucu çıkarabilmelerini sağlayan haber alma ve öğrenme hürriyeti; haber alma ve öğrenme özgürlüğünün güvence altına alındığı bir ortamda oluşan felsefi, dini ve siyasi vs. alanda bireyi doğru olduğuna inandığı görüşleri seçmesini ve bunlardan ötürü kınanmamayı ifade eden kanaat hürriyeti; düşüncenin dışa vurulmasını ifade eden düşünceyi açıklama hürriyeti unsurlarından oluşmaktadır. Bıçak'a göre, düşünce hürriyetinin bilgi ve fikir alma ve sahip olunan bilgi ve fikirleri yayma hürriyeti olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır<sup>318</sup>. Beydoğan'a göre ise düşünce hürriyetinin unsurları düşünme ve duyguya sahip olma, bu düşüncelerin karşı tarafa aktarılma istenmesi, ulaştırılmak istenen bir hedef ve bu hedefe bilgilerin aktarılması olarak dörde ayrılmaktadır<sup>319</sup>. Alacakaptan'a göre ise düşünce hürriyeti, düşünceye sahip olma, düşünceyi oluşturma ve başka farklı düşüncelere ulaşabilme hürriyetleri ile oluşturulan edinilen düşünceleri yayma ve aktarma yani açıklama hürriyetini; bilgilenme ve bilgiye ulaşabilme hürriyetini ve belli bir düşünce çerçevesinde siyasal ve toplumsal örgütlenme hürriyetini de içerir<sup>320</sup>.

### 3. Düşünce Hürriyetinin Sınırlandırılması

Düzenli ve kuralları gerektiği gibi işleyen bir toplumda ancak düşünce hürriyetinden yararlanılabilir. Düzensizlik, kargaşa ve huzursuzluğun hakim olduğu toplumda ise düşünce hürriyetinden bahsedilemeyecektir. Bu hususun sonucu olarak düşünce hürriyetinin sınırlandırılması gerekmektedir.

Düşünce hürriyetinin sınırsız olduğunu savunanlara göre, kişinin sahip olduğu, taraftar bulunduğu ve yaymak istediği düşünce zararlı ve hatta tehlikeli de olsa, bunu sınırlamak hiç bir zaman doğru değildir, bu yola sapıldığı takdirde bir düzenin temelinde yara açılacak ve bunun genişlemesi ile ileride düzenin çökmesi hazırlanmış olacaktır. Zararlı ve tehlikeli düşüncelerin tedbiri açık ve serbest düşünme rejiminde bulunmaktadır. Bu nitelikteki düşüncelere kamuoyu önünde

<sup>318</sup> Bıçak, s. 20.

<sup>319</sup> Beydoğan, s.13.

<sup>320</sup> Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi", s. 15.

açıkça tartışıldığı ve bunların karşıtları ortaya konulduğu anda tehlikeli olmaktan çıkmaktadırlar<sup>321</sup>.

Düşünce özgürlüğünün sınırsız olması gerekliliği, düzene karşı olan görüşlerin, toplumun iktisadi ve siyasi sorunlarına yararlı ve uyarıcı eleştiriler getirilebilmesi, yönetilenlerin sorunlarını ve şikayetlerini yansıtan sözlerin ve yazıların yöneticileri, ülke için daha yararlı davranışlarda bulunmaya zorlaması yönünden olumlu olacağı ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre bir inanma ve inandırma rejimi olan demokrasi kendisine karşı yapılan tüm hücumları, bu hücumlar ne kadar kıyasıya yıkıcı ve öldürücü olursa olsun ancak kendi inandığı ve dayandığı usullerle karşılamak ve cevaplandırmak zorundadır<sup>322</sup>.

Konuya kişi açısından bakan bir görüşe göre de, kişinin düşüncelerini korkusuz ve sınırsız bir şekilde açıklayabilmesi gerçek demokrasinin değişmez kurallarından biri olup, kişi mevcut düzene, kurallara, Anayasaya uygun düşünmek zorunda değildir<sup>323</sup>.

Düşünce özgürlüğünün sınırlı olduğunu düşünenlere göre ise, hürriyet düşmanlarına hürriyet hakkı tanımak, onun bir gün ortadan kalkması ihtimalini peşinen kabul etmektir ve hürriyete inanmayanlar ellerine geçecek ilk fırsatta hürriyet ve demokrasi düzenini yok edeceklerdir<sup>324</sup>.

Doktrinde ağırlıklı olarak düşünce hürriyetinin sınırlandırılması gerekliliğine yönelik görüşler ileri sürülmüş ve bu sınırlamanın ne kapsamda olması gerektiği yönünde belirlemelere gidilmiştir. Gökçen'e göre, düşünce hürriyetine getirilebilecek demokratik bir sınırlamanın ölçüsü, düşüncenin ifade ediliş biçimi nedeni ile topluma yönelik, belirli, kesin, mevcut yakın bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikenin düşünce açıklanırken kişilerin ya da kitlelerin eyleme kışkırtılmasından kaynaklanmış olmasıdır<sup>325</sup>. Soyaslan'a göre gerçekleştirilen fiilin hukuka uygun ve eleştiri hakkının sınırları içinde kalmış sayılması için birinci şart eleştiri amacı ile yapılması, ikinci şart kullanılan ifadelerin eleştirinin gerçekleşmesi için zorunlu olmasıdır<sup>326</sup>. Alacakptan'a göre sınırlama ölçütü olarak yakın ve muhakkak tehlike kavramları

<sup>321</sup> Aktaran Bayraktar, s. 104.

<sup>322</sup> **Ibid.**

<sup>323</sup> Aktaran Bayraktar, s. 105.

<sup>324</sup> Aktaran Bayraktar, s. 107.

<sup>325</sup> Gökçen, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Barışına Karşı Suçlar", s. 5.

<sup>326</sup> Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Bs., 2010 s. 528.



kullanılması gerekirken<sup>327</sup>, Hafizoğulları'na göre düşünce hürriyetini sınırlama kriteri olarak düşüncede şiddet ve ifadede şiddet ölçülülere dikkate alınmalıdır<sup>328</sup>. Hafizoğullarına göre totaliter hukuk düzenlerinde “amaç meşru- vasıta meşru” önermesini sağlayan insani davranışlar serbest, diğer önermeleri sağlayan tüm davranışlar yasak iken, liberal demokratik bir hukuk düzeninde “amaç meşru- vasıta gayri meşru” önermesini sağlayan insani davranışlar yasağın konusu ile “amaç gayri meşru- vasıta meşru” önermesini sağlayan insani davranışlar yasak kapsamı dışındadır<sup>329</sup>.

Ulusal hukukumuz ve ulusalüstü insan hakları hukuku alanında da düşünce hürriyetinin sınırlı olduğu kabul edilerek bu alanda çeşitli normlar getirilmiştir. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz Anayasa'nın 25 ve 26. maddeleri ile AIHS'in 9. ve 10. maddelerinin düzenlediği üzere belirli hallerde düşünce hürriyeti kısıtlanabilecektir. Bu hususta Anayasanın 26/2. maddesinde *“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”* hükmüne yer verilirken; AIHS 10/2. maddesinde ise *“Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”* hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde; düşünce hürriyetinin millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin

<sup>327</sup> Alacakaptan, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi”, s. 18.

<sup>328</sup> Zeki Hafizoğulları, **Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1997 s. 76-77.

<sup>329</sup> **Ibid.**

açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği görülmektedir.

Bahsetmiş olduğumuz hükümlere göre konumuz açısından bir değerlendirme yapıldığında düşünce hürriyeti ile nesnelere, kavramlar, belli kaynaklar arasında bağlantı kuran, değerlendiren, yargılayan, problem çözen, yeni çözümler bulan, ilke çıkartan yani sistemli bir tezi olan ve şiddet içermeyen ve şiddeti tavsiye etmeyen düşünce açıklamaları korunmakta; hukuk düzenini hukuka aykırı yöntemler ile şiddet kullanarak değiştirmeye, yıkmaya tahrik eylemleri düşünce hürriyeti kapsamında değerlendirilmemekte ve sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma yapılırken de öncelikle bir kanuni düzenleme olması, getirilen sınırlamanın meşru bir amaç taşınması, demokratik bir toplum için gereklilik arz etmesi ve tüm bu hususların yanı sıra kanunilik ilkesine göre verilen cezanın izlenen meşru amaçla orantılı olması aranacaktır.

Açıklamış olduğumuz hususlar değerlendirildiğinde, düşünce hürriyetinin sınırlanması kapsamında, günümüz özgürlükçü demokrasilerinde, iftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici söz ve beyanlar, müstehcen içerikli söz yazı resim ve açıklamalar savaş kışkırtıcılığı, hukuk düzenini zor ve cebir yolu ile değiştirmeye yönelik bulunan beyan ifade ve eylemler koruma görmemekte, suç sayılarak cezai yaptırımla karşılanmaktadır. TCK'nın 216/1. maddesi de bu kapsamda görülmeli ve 216/1. maddede belirlenmiş olan eylemlerin gerçekleştirilmesi durumunda, bu eylemlerin düşünce hürriyeti kapsamına dahil edilemeyeceği kabul edilmelidir<sup>330</sup>. Fakat 216/1. maddede yer alan tahrik fiilinin suç olarak şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrik kapsamında olması gerektiği unutulmamalıdır. Yargıtay 8. Ceza

<sup>330</sup> Yar. 8. CD., 1999/1140 E. ve 1999/31117, 10.03.1999 T. li kararında “...ülkedeki insanları kendi dini görüşü ve inancı doğrultusunda ve yoğunluğunda inanca sahip olanlarla, olmayanlar biçiminde ayırma tabi tutarak şeriat kurallarının egemen kılınmasından yana olanların iktidarı ele geçirmeleri durumunda, karşı düşüncedekileri öldüreceklerini belirtip, cihat çağrısında bulunarak” TCK m.312/2'ye aykırı hareket edildiği belirtilmiştir. (Kararı aktaran Malkoç, **Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1528) 8. CD. 2004/6702 E. ve 2004/5969 K., 29.06.2004 T.li kararda “... güvenlik kuvvetleri ile bölücü teröristler arasında çıkan çatışmada şehit düşen güvenlik gücü mensupları ile ölü ele geçirilen teröristlerin cesetleri sağlık ocağına getirilirken, ruhsatlı tabancasını ocağın önünde toplanmış topluluğa doğrultarak “pis kürtler, sizin hepinizi öldürmek gerek, şerefsiz kürtler, hepiniz öldürülmeye layıksınız” gibi sözlerle halkın bir bölümünü diğerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği; nefret yayan, çatışmaya kışkırtan ve şiddet kullanmaya davet eden bu ifadelerin duyarlı durumda bulunan bir topluluk önünde sarf edilmiş olması sebebi ile kamu düzeni için somut bir tehlike oluşturması karşısında, tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir.” yönünde karar verilmiştir. (Kararı aktaran Malkoç, **Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1538).

Dairesinin 18.12.2000 tarihinde vermiş olduğu kararda “*sanığın dağıttığı iddia edilen bildiri içeriği incelendiğinde; okullarda, yasalar ve yerleşik kurallar gereği uyulması gerekli bulunan başörtüsü yasağını uygulayan yöneticileri ve buna uyanları eleştirmek ve inancını açığa vurmaktan öteye TCK m. 312/2’deki yazılı suçu oluşturacak boyutta bir suç içermediği*” denerek şiddet çağrısı içermeyen eleştiri sınırları içerisinde kalan eylemlerin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturmayacağı vurgulanmıştır<sup>331</sup>. Nitekim bu hususa madde gerekçesinde de yer verilerek “*Fıkra metninde; filin kamu güvenliğini, tehlikeye düşürecek biçimde yapılması aranacağı için, suç; soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir. Bu düzenleme sayesinde kin ve düşmanlık ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler madde kapsamında değerlendirilebilecektir.*” denmiştir.

Anayasa, AİHS hükümleri ve madde gerekçesinin yanı sıra TCK m.218’e getirilen “*Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*” düzenlemesi ile de haber verme hakkı ve düşünce hürriyeti kapsamına giren eylemlerin suç oluşturmayacağı da belirtilerek bu hususların hukuka uygunluk nedeni olduğunun bir kez daha altı çizilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 01.06.1983 tarihli kararında basın özgürlüğü kapsamındaki hakların kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesini şu şekilde ifade etmiştir: “*Basının başlıca fonksiyonu, kamu yararı bulunan haberleri topluma aktarmak, kamuoyunun oluşmasını sağlamak ve nihayet topluma, kamu gücünü*

<sup>331</sup>Yar. 8. CD., 2000/20396 E. ve 2000/21114 K., 18.12.2000 T. (Kararı aktaran Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1540), Yar. 8. CD, 1997/4306 E. 1997/6539 K. ve 01.05.1997 T.li kararında “... yazı tümü ile değerlendirildiğinde bir eleştiri ve yazarın kendi dünya görüşüne göre emekçilere ve Kürtlere yönelik kimi saptamalardan öteye, TCK’nın 312/2. madde ve fıkrasında tanımı yapılan halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik niteliğinde kabul edilemeyeceği, üstelik Kürt kökenli yurttaşlarla emekçilerin savaş ve şiddete karşı barışı ve birlikte yaşamayı savunduklarını vurguladığı göz önüne alınarak, sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken, dosya içeriğine uymayan bir gerekçe ile yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması” bozma sebebi sayılmıştır. (Kararı aktaran Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1530) , Yar. 8. CD., 2001/ 4795 E. ve 2001/12066 K., 20.06.2001 T.li kararında “... D. radyo adı altındaki bir radyoda yaptığı konuşmada, geçmişte ülkemizde kimi bölgelerde bazı yurttaşlarımıza karşı inanç farklılığı anlayışının terörizme ulaşan boyutu ile girilen ve ölümlerle sonuçlanan şiddet olaylarını tarihsel gelişim süreci içinde ele alıp, eleştirel biçimde değerlendirdiği anlaşılmış olmakla, konu ve şiir bir bütün olarak ele alındığında eyleminin TCK’nın 312/2. Madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi...” bozma sebebi sayılmıştır. (Kararı aktaran Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, s. 1540).

*elinde tutanları denetleme imkanını yaratmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin çeşitli kararlarında da basın özgürlüğü içerisinde değerlendirilebilecek haberde bulunması gerekli özelliklerin bir kısmı ortaya konulmuştur. Bu kararlara göre bir haberin basın özgürlüğü içerisinde değerlendirilebilmesi için şu özellikleri taşıması gerekir: 1) Haber güncel olmalı ve kamunun bunu öğrenmede yararı bulunmalı, yani yayın haber niteliğinde bulunmalı. 2) Haber görünürde gerçeğe uygun yani doğru olmalı 3) Haber nesnel ölçülerde verilmelidir.”<sup>332</sup>*

Tüm bu hususların yanı sıra, 5237 sayılı TCK ile halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun değiştirilerek yeniden düzenlenmesinin ardından Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen iki karara değinmek gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.04.2008 tarihli kararında “*Sanıklar, Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulunda görevli olup, bu kurul 78 kişiden oluşmaktadır. Kurul üyeleri, kamu görevlileri ile çeşitli sivil toplum örgütlerinden seçilen temsilcilerdir. Kurul, oluşumu ve çalışmalarını düzenleyen normlar gereği olarak, kendi içinde 13 ayrı çalışma grubu oluşturarak, çeşitli raporlar hazırlamıştır. Çalışma gruplarının hazırladığı rapor, nihai olarak kurul tarafından değerlendirilmekte müzakere edilerek, son şeklini almakta oylandıktan sonra yeterli çoğunluk sağlanması halinde işleme konu edilmekte ve kamuya açıklanmaktadır. Raporun ve basın açıklamasının düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. İçeriğine ve ileri sürülen görüş ve önerilere katılmak ya da bunları benimseyerek reddetmek olası ise de; konunun bilimsel şekilde ele alınması bir kamu görevi gereği hazırlanmış olması, içeriğinde, yasada öngörülen farklılıkları yekdiğeri aleyhine kin ve düşmanlığa sevk edecek ve kamu güvenliğine yönelik açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkaracak şiddet çağrısını içermemesi karşısında, gerek 765 sayılı TCK'nın 312/2. maddesinde gerekse 5237 sayılı TCK'nın 216/1. maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurları oluşmamıştır.” yönünde karar vermiştir<sup>333</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.03.2005 tarihinde verdiği başka bir karar da ise “*Kamu düzenin bozan eylemler söz konusu olduğunda, durum hedef kitlenin korumasına terk edilerek devletin olaya müdahalesi dışlanamaz. O kadar ki “bir gazetede bir takım yazarlar halkın anasına, avradına, kızına sövüp saysalar, böyle yayınlar alçaklık edepsizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı? ... milletin dinine, imanına,**

<sup>332</sup> Yar. 4. HD. 1983/5122 E. ve 1983/5790 K., 01.06.1983 T. (Kararı Aktaran Zafer, s. 242'den YKD, X, Mart 1984).

<sup>333</sup> Yar. CGK, 2007/8-244 E. ve 2008/92 K., 29.04.2008 T. (www.kazanci.com).

*mukadderatına, şeriatına saldırmak da bunun gibidir.” dedikten sonra, halkın bir kesiminin yani laik kesiminin, kendisine göre ise dinsiz kesiminin yaptıklarını daha alçakça ve namussuzca göstererek hitap ettiği kitleye hedef yapmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 216. maddesi dahi gözetildiğinde, somut olay yönünden aynı sonuca varılmakta, iç düzenlemeler ve Anayasa’nın 90. maddesi ışığında yargı organları için tek ölçüt olan hukuksal bakış açısı ile eylemin TCK’nın 312/2. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu ve yaptırım yönünden de orantılılığın ve ölçülülüğün gözetildiği açıktır.”* diyerek halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun olduğu sonucuna varılmıştır<sup>334</sup>. Tamamına yer veremediğimiz ve alıntı ile yetindiğimiz biri halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşmadığı diğeri ise olduğu yönünde verilmiş olan iki kararda düşünce hürriyetine ilişkin ulusalüstü insan hakları normlarına ve Anayasa hükümlerine atıf yapılmış; bu atıfların yapılmasının ardından olay içeriklerine göre farklı sonuçlara varılmıştır. Her iki kararda da bahsetmiş olduğumuz normlara atıf yapılması Yargıtay’ın ulusalüstü insan hakları normlarını iç hukukun bir parçası saydığını ve düşünce hürriyetini hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ettiğini göstermektedir.

## **H. Suçu Etkileyen Haller**

5237 sayılı TCK’nın 218. maddesinde suçu etkileyen hal öngörölmüş ve bu madde “*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar arttırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, bu suça verilecek ceza yarı oranına kadar arttırılacaktır. Basın ve yayın yolu ile daha fazla insanı etkileme olanağı sağlandığı için tehlike ağırlaştığı için söz konusu hüküm getirilmiştir. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde de benzer düzenleme yer almıştır. Fakat 5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’da yer alan düzenlemeye nazaran daha genel bir tabire yer verilmiş ve bu suçun ağırlaştırıcı sebep teşkil eden hallerini tek tek sayma yoluna gidilmemiştir<sup>335</sup>. TCK’nın 6/1-g maddesi basın ve yayın yolu ile deyiminden her türlü yazılı, görsel ve işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları ile yapılan yayınların anlaşılması gerektiği

<sup>334</sup> Yar. CGK.. 2004/8-201 E. ve 2005/30 K., 15.03.2005 T. (www.kazanci.com).

<sup>335</sup> 765 sayılı TCK döneminde 5237 sayılı TCK’da düzenlenen 218. maddenin karşılığı olan 312/4’ün yapmış olduğu atıfla 311/2. maddede “*Tahrik her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleri ile veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile yada umumi yerlerde levha ve ilan asmak sureti ile olursa*” şeklinde kazustik biçimde sayılarak cezanın bir kat arttırılacağı belirtilmiştir.

belirtilmiştir. Bu sebeple 218. maddenin uygulanması sırasında TCK 6/1-g maddesinde yer alan hüküm dikkate alınacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde 5187 sayılı Basın Kanununun hükümleri de göz önüne alınmalı ve ceza sorumluluğunun tayininde 5187 sayılı kanun hükümlerine göre hareket edilmelidir. Nitekim bu husus Yargıtay CGK'nın 15.03.2005 tarihli kararında da "*Hükümden sonra yürürlüğe giren ve 5680 sayılı Basın Yasasını yürürlükten kaldırmış bulunan 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Yasasının 11. maddesinde, sorumlu yazı işleri müdürlerinin ceza sorumluluğu belirli koşulların gerçekleşmesine bağlanmış, ayrıca önceki yasada mevcut olan "gazete kapatılması" kurumuna bu yasada yer verilmemiştir. O halde, TCY'nin 2/2. Maddesinde ifade edilen lehe yasanın geçmişe yürürlü bulunması" kuralı gereğince, sorumlu yazı işleri müdürü sanık S yönünden, 5187 sayılı Basın Yasasının 11. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun Yerel Mahkemece araştırılması, sonucuna göre hukuki durumu değerlendirilerek hakkında yeniden hüküm kurulması zorunludur. Bu itibarla, Sanık S'nin mahkumiyetine ve gazetenin kapatılmasına ilişkin hükmün bozulmasına karar verilmelidir"* şeklinde belirtilerek basın ve yayın yolu ile TCK m. 216/1'de düzenlenen suçun işlenmesi durumunda 5187 sayılı yasanın uygulanacağı vurgulanmıştır<sup>336</sup>.

## I. İçtima ve İştirak

### 1. İçtima

#### a) Genel Olarak

Ceza hukukunun temel kurallarından biri kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır, şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir<sup>337</sup>.

Suçların içtimaında, birden çok suçun tek failde birleşmesi, toplanması söz konusudur. Suçların içtimaı durumunda failin sorumluluğu belirlenirken içtima eden suçlara ilişkin cezalar ayrı ayrı toplanmamaktadır, bu suçlardan birinin cezası esas

<sup>336</sup> Yar. CGK.. 2004/8-201 E. ve 2005/30 K., 15.03.2005 T. (www.kazanci.com).

<sup>337</sup> Gerekçe için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc

alınarak ceza tespit edilmektedir. Toplanma ya da başka bir deyişle içtima TCK'ya göre değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Buna göre fail tek fiil ile birkaç suç işlemiş ise fikri içtima, tek bir fiille aynı suçu birden fazla kişiye karşı işlemişse ya da fail kanunun aynı hükmünü birkaç defa ihlal etmesine rağmen bu tek suç sayılıyorsa zincirleme suç, failin işlediği bir suç diğer suçun unsur veya ağırlaştırıcı sebebini teşkil ediyorsa bileşik suç ve fail birkaç fiil ile birkaç suç işleyebiliyorsa cezaların toplanması söz konusudur.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik bakımından özel içtima kuralları getirilmediğinden yukarıda bahsetmiş olduğumuz genel hükümler kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Söz konusu suç bakımından da zincirleme suç, fikri içtima ve cezaların içtimaı uygulanabilmektedir.

## **b) Suçların İçtimaı**

### **(1) Zincirleme Suç**

TCK'nın 43/1. maddesinde zincirleme suç bakımından *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik değişik zamanlarda birden fazla kişiye karşı işlenir ise zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Örneğin fail art arda üç gün boyunca televizyonda halkın bir kesimini diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa sevk edecek konuşmalar yaparsa yaptığı her konuşma için ayrı ayrı cezalandırılmayacak, tek bir suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak TCK'nın 216/1. maddesindeki suçun cezası dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır. Aynı durum failin halkı kin ve düşmanlığa tahrik eder nitelikteki yazısını bölümler halinde yayınlaması durumunda da geçerlidir.

### **(2) Fikri İçtima**

TCK'nın 44. maddesinde fikri içtima bakımından *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Fikri içtima

bakımından fiilin tekliği konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş göre fiilin tek olup olmadığı tayin edilirken hareket esas alınmalıdır. Diğer görüş göre ise, fiilin tek olup olmadığı neticeye göre belirlenir<sup>338</sup>. Kanımızca fiil ile kast edilen; hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağı olduğu için, netice sayısına üstünlük veren görüş dikkate alınmalıdır. Bu sebeple yapılan hareket birden fazla neticeye sebep olmuş ise fiil hukuken tek sayılamayacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından ise daha önce de belirttiğimiz üzere failin kastı halkın bir kesimini diğer kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmeye yönelik olmalıdır. Failin, kin ve düşmanlığa tahrik teşkil eden sözleri, suç işlemeye tahrik teşkil edecek nitelikte ise bu durumda fail diğer şartları da bulunduğu takdirde TCK'nın 44. maddesi gereğince cezası daha ağır olan maddeden sorumlu tutulacaktır.

### c) Cezaların İctimai

Fail kin ve düşmanlığa tahrik ile birlikte ayrıca başka bir suç işlerse bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Örneğin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu işlenirken, hakaret suçu da işlenmişse bu durumda fail her iki suçtan da cezalandırılacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlenmesi durumunda, tahrik edilenler de suç işlerse bu durumda failin durumu çeşitli olasılıklar şeklinde doktrinde tartışılmıştır.

Bayraktar'a göre, tahrik eyleminden başka amaçlanan suçun da işlenmesi halinde, tahrik eyleminin bağımsızlığı kalkacak, tahrik esas suçun bir ortaklığı şeklinde onun içinde eriyecektir ve faile sadece işlediği amaç suçun cezası verilecektir<sup>339</sup>.

Cihan ve Önder'e göre ise amaç suçun gerçekleştirilmesi halinde düşmanlığa tahrik eylemi ile birlikte dış alemde ayrı neticeler ortaya çıkmış olup, iki suçun varlığı söz konusudur. Amaç suçun işlenmesi, düşmanlığa tahrik eyleminin bağımsız

<sup>338</sup> Görüşler için bkz. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006, s. 481 vd.

<sup>339</sup> Bayraktar, s. 201, Bayraktar, konuyu sadece suç işlemeye tahrik bakımından değerlendirmiştir.



niteliğini ortadan kaldırmaz. Her ikisi de işlenmiş ayrı suçlar olup bunların her birinin cezalarının içtimaı gerekmektedir<sup>340</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise, bir tehlike suçu olarak tahrikin gerçekleşmiş olması halinde, çeşitli alternatifler içinde meydana gelebilmesi mümkün amaçlanan suç da işlenmiş olsa dahi, faile verilecek ceza yalnız tahrik suçunun düzenlendiği maddede belirtilen ceza olmalıdır<sup>341</sup>.

Kanaatimizce halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlenmesi bakımından failin kastı halkın bir kesimin diğer kesimine yönelik olarak suç işlemesi değildir, lakin kastın buna yönelik olması durumunda, kişi halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan değil suç işlemeye tahrik suçundan cezalandırılacaktır. Ayrıca fail dış alemde biri tehlike diğeri de zarar neticesi olmak üzere iki netice ortaya çıkması sebebi ile de 214/3. madde gereği işlenen suç sebebi ile azmettiren sıfatı ile cezalandırılacaktır.

## 2. İştirak

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, birden fazla kişinin katılımı ve yardımı ile işlenebilmektedir. Bu durumda, suçun işlenmesine katılan kişilerin sorumlulukları TCK'nın 37 ve devamı maddelerine göre belirlenecektir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda her türlü iştirak mümkündür. İştirak kavramı içerisinde yer alan azmettirme ve yardım etme fiillerinin tahrik fiilinden farklarına ise maddi unsur bölümünde değinilmiştir

## J. Yaptırım

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu için TCK'nın 216/1. maddesinde öngörülen yaptırım bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. TCK'nın 218. maddesi uygulandığında ceza yarı oranında arttırılacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu sebebi ile mahkum olanlar hakkında hapis cezası dışında diğer kanunlarda bir yaptırım getirilmemiştir<sup>342</sup>.

<sup>340</sup> Cihan, s. 125, Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 421.

<sup>341</sup> Aktaran Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 421.

<sup>342</sup> 765 sayılı TCK döneminde 312/2. maddeden hakkında mahkumiyet kararı verilen kişilerin 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 11. maddesinin (b) bendinin 5. fıkrasına göre siyasi partilere üye olamayacağı ve üye kaydedilemeyeceği belirtilmiş, aynı hususa 2839 sayılı Milletvekili Seçim

## K. Kovuşturma Usulü

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu re'sen soruşturulabilen bir suçtur.

Suç karşılığında öngörülen hapis cezasının alt sınırının 1 yıl, üst sınırının da 3 yıl olması sebebi ile suça bakmakla görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

5 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6352 sayılı kanunun Geçici 1. maddesinde yer alan hüküm bir halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu da kapsayacak şekilde bir takım yenilikler getirmiştir. Söz konusu maddeye göre “(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm

---

Kanunun 11. Maddesinin (f) bendinde değinilerek affa uğramış olsalar bile TCK'nın 312/2. maddesinden mahkum olanların milletvekili olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Her iki kanunda 4778 sayılı kanun ile 02.01.2003 tarihinde yapılan değişiklik ile halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından söz konusu yaptırım kaldırılmış ve yerine terör eyleminden mahkum olanlar ifadesi getirilmiştir.

*olunduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.*

*(4) Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.*

*(5) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olmasihâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.*

*(6) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.*

*(7) Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.*

*(8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz.”*

6352 sayılı kanun ile getirilen bu hüküm ile düşünce ve kanaat açıklama yolu ile işlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu 31.12.2011 tarihinden önce işlenmesi durumunda kamu davası açılması, kovuşturma ve hükmün infazı ertelenebilecektir.

## SONUÇ

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, nefret söylemi kapsamında ulusal ve uluslararası belgelerde, özellikle de Türk Ceza Kanununda suça ilişkin düzenleme temelinde ele alındığı bu çalışmada, ulaştığımız en önemli sonuç, bu fiilin tek boyutlu bir yaklaşımla ele alınmayacağı yönündedir. Suç nefret söyleminin önlenmesi ve halkın farklı kesimini oluşturan bireylerin ve onların mensup olduğu grupların kamu barışı içerisinde yaşamasını ve hukuka olan güvenlerini sağlama amacını taşımış olsa da; kimi zaman devlet organlarının tasvip etmediği görüşlerin cezalandırılması için de kullanılan bir araç olduğu da görülmektedir.

Çalışmamız kapsamında yer vermiş olduğumuz uluslararası belgelerin düzenlemelerinde ifade özgürlüğünün kısıtlanması sebebinin nefret söylemi ve bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşturabileceği sonucuna varılmış olsa da bunun bir takım sınırlamalara tabi tutulduğu da görülmektedir. Bu sebeple söz konusu eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı ya da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun çok iyi bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde siyasi erk ve egemen ideoloji kendi ideolojisi doğrultusunda doğru veya yanlış ayrımı yaparak, kendinden olmayana, kendine karşı olanı ayırarak, bu belirsiz alanda istediği şekilde hareket ederek yasak kapsamını istediği doğrultuda genişletebilecektir. Hatta bu hususun tersi halinde suçun oluşmasına rağmen siyasi erkin ideolojisine ters gelmemesi sebebi ile suç cezalandırılmayacak, görmezden bile gelinebilecektir. Bu bakımdan birçok ülkenin hukuk düzeninin de nefret söylemi ve bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun karşılığı bulunmakta olsa da, olayların kimi zaman egemen ideolojinin kapsamında değerlendirilmesi halinde bizden olanların görüşünü ifade özgürlüğü, bunun dışındakileri ise suç kapsamında değerlendirmek tez konumuz çerçevesinde en tartışmalı noktayı oluşturmaktadır.

İfade özgürlüğü ve suçun oluşmasının ayrımını yapma sadece yasa koyucudan beklenmemelidir, burada yasanın uygulayıcısı olan kimselere yani, savcı

ve hakimlere de görev düşmektedir. Savcıların soruşturma aşamasında, hakimlerin ise kovuşturma aşamasında suçun oluşum şartlarına bakarken kendi siyasi görüşlerinden sıyrılmaları objektif değerlendirme yapmaları ve özellikle de eylemin hukuka uygunluk nedenini oluşturan ifade özgürlüğü kapsamına girip girmediğini yorumlamaları gerekmektedir. Bu bakımdan ulusüstü insan hakları düzenlemelerinin önemi hukuk fakültesi eğitimi aşamasında ve meslek içi eğitimde vurgulanmalıdır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşumu için suçun maddede belirtilen grupların gruplara karşı tahrik edilmesi gerekmektedir. Bu noktada da maddede yer alan grupların bu kadar sınırlı sayıda olması kimi zaman zorluklara neden olabilecek niteliktedir. Madde de etnik köken, renk, felsefi inanç gibi kavramların yer almaması sebebi ile bu kavramlara karşı yapılacak olan halkı kin ve düşmanlığa tahrike yönelik hareketler kanunun hükmünde yer almadığı için suç kapsamı dışında kalabilecektir. Suç içerisinde yer alan bazı kavramların tam olarak içinin doldurulmaması sebebi ile de sadece Yargıtay kararlarına bakılarak hareket edilmesi ile sorunlar çözülebilmektedir. Özellikle din kavramının içerisine ateistlerin ya da inanç farklılığı taşıyanların girip girmeyeceği kanunda açıkça belli olmamakta ve doktrinde de bu konuda birlik sağlanamamaktadır. Fakat TCK m. 216/1. maddenin getiriliş amacı olan hukuken korunan menfaatin kamu barışı olduğu düşünüldüğünde, maddede yer alan kavramların içinin doldurulması daha da kolaylaşmaktadır. Nitekim ülkemizde laik olan ve olmayan şeklinde halk kesimlerinin ayrıldığı da düşünüldüğünde bu yönde bir koruma olamayacağını düşünmek imkansızdır.

Aslında tez kapsamında yer verdiğimiz Fransa'daki suçun düzenleniş şekline benzer bir düzenleme getirmek suçun kapsamı yönündeki tartışmalara çözüm getirebilecek nitelikte olabilecektir. Zira Fransa'da yer alan düzenlemede “*Bir kişi ya da kişiler grubu aleyhine kökenleri ya da belli bir etnik gruba, bir millete, bir ırka ya da bir dine, gerçekten veya varsayımsal olarak, ait olmaları veya ait olmamaları nedeniyle aleni olmayan biçimde ayrımcılığa, nefrete veya şiddete yönelik tahrikte bulunmak*” ve “*Bir kişi ya da kişiler grubu aleyhine cinsiyetleri, cinsel tercihleri veya engelleri nedeniyle nefrete ya da şiddete yönelik aleni olmayan şekilde tahrikte bulunmak*” cezalandırılarak daha geniş bir koruma alanı öngörülmüştür. Fransa Basın

Özgürlüğü Kanununda ise belirli araçlarla fiilin işlenmesi durumunda bu fiil için daha ağır cezalar belirlenmiştir.

Sonuç olarak nefret söylemi ve bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu öncelikle bu eylemlerin ortaya çıkışının bilinçli, bilinçsiz, kasıtlı, ayrımcı, nefret yayma, şiddeti tahrik gibi birçok yönde ele almak ve buna göre değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü farkında olmadan birçok kimse bilinçsizce medyada, topluluk içinde, arkadaş grubunda söz konusu minvalde eylemlerde bulunmaktadır.

Ayrıca söz konusu hukuka aykırı eylemin oluştuğunun kabulü için eylemin kişi gruplarını farklılaştırması gerekmektedir. Zira her türlü ırk, din, ideoloji, mezhep, etnik köken vs. eleştirilebilir. Ancak bu eleştirilere sınır aşarak kişiler hedef gösterilmemeli, zarar görmemeli ve nefret suçuna dönebilecek şekilde merkeze konmamalıdır. İşte tam burada hukuk devreye girerek suç oluşup oluşmadığı yönünde değerlendirme yapılmalıdır.

Aslında nefret söylemi ve bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile mücadele, yasa ve hukukun yanı sıra devletin çeşitli organları ile, eğitim sistemi işleyişi ile, sivil toplum kuruluşlarının konuya göstereceği hassasiyet ile, pozitif örnekler yaratarak, medyanın takındığı tutum ile gerçekleşecektir.

## KAYNAKÇA

### a) Kitaplar ve Makaleler

AKKAŞ Ahmet Hulusi, “İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu” (TCK 216/1), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006 (Erişim için [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)).

ALACAKAPTAN Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi”, **Hukuk Kurultayı 2000**, C.2, Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2000.

ALACAKAPTAN Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 263, Ankara, 1970.

APPLEMAN Bradley A., “Hate Speech: A Comprasion of the Approaches Taken By the United States and Germany”, **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 14, No. 2, s. 423-439.

ARSLAN Çetin, AZİZAĞAOĞLU Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3. B.,Ankara: Asil Yayın, 2004.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, **5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 9. B., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

ATAMAN Hakan, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo - Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der. Yasemin İnceoğlu, 1. Basım, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 47-80.

BAYRAKTAR Köksal, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İstanbul: Formül Matbaası, 1977.

BECCARIA Cesaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 2. Bası, İstanbul: İmge Kitabevi, 2010.

BEYDOĞAN Ayhan, **Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

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

BİLMEN Ömer Nasuhi, **Hukuki İslamiye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu**, C.III, İstanbul, 1950.

BRUGGER Winfried, “Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law”, **Tulane European & Civil Law Forum**, Vol. 17, 2002, s. 1-22.

CİHAN Erol, “Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312)”, **İÜHFİM**, C.XL, Sayı: 1-4 İstanbul, 1974, s. 97-130.

COURTNEY Nathan, “British and United States Hate Speech Legislation: A Comprasion”, **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 19, 1993, s. 726-769.

CRAM Ian, **Terror and War on Dissent Freedom Of Expression in the Age of Al- Queda**, London: Springer, 2009.

DARAGENLİ Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, **Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 163-188.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006.

DONAY Süheyl, KAŞIKÇI Mahmut, **Açıklamalı- Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2004.

DÖNMEZER Sulhi, **Basın Hukuku: Genel Prensipler- Basın Hürriyeti- İdari Rejim- Ceza Rejimi**, 3. Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1968.

DÖNMEZER Sulhi, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, 10. Bs., İstanbul: Beta Yayın 1994.

EREM Faruk, “Suç İşlemeğe Tahrik”, **Adalet Dergisi**, 1965, s. 1133-1140.

ERGÜN İsmail, **Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

ERMAN Sahir, **Hakaret ve Sövme Suçları**, İstanbul, 1989.

GELBER Katharine, **Speaking Back: The Free Speech v. Hate Speech Debate**, Philadelphia, USA: John Benjamins Publishing Company, 2002.



GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.

GÖKÇEN Ahmet, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)**, Ankara: LDT, 2001.

GÖKÇEN Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Müeyyideler**, İstanbul, 1989.

GÖKÇEN Ahmet, “Halkı Düşmanlığa veya Kin Beslemeye Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)”, **Polis Dergisi**, Sayı: 36, Temmuz/Ağustos/Eylül 2003, s. 375-369.

GÖKÇEN Ahmet, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Barışına Karşı Suçlar”, **Polis Dergisi**, Sayı: 44, Nisan- Mayıs- Haziran 2005, s. 2-12.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Ahaliyi Suç İşlemeğe Alenen Tahrik ve Teşvik”, **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, Cilt I, Ankara, 1962, s. 380-381.

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi**, C:II, Tarihsiz.

GÜNDEL Ahmet, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C:IV, Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2009.

HAFIZOĞULLARI Zeki, **Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1997.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.

**Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR (Çevrimiçi: <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>).

**İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları**, der. Raija Hanski, Martin Scheinin, çev. Defne Orhun, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005.

JANSSEN Esther, “Limits to Expression on Religion in France, **Agama & Religiusitas di Eropa, Jorunel of European Studies**, Vol. V-nr. 1, 2009, s. 1-29.

KARAN Ulaş, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der. Yasemin İnceoğlu, 1. Basım, İstanbul: Ayrintı Yayınları, 2012, s. 81-102.

KIYAK Fahrettin, “Suç İşlemeğe Tahrik Cürümleri”, **AD**, 1961, s.1133-1140.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

KORKMAZ Ömer, “Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları”, **Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000.

KUNTER Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.

MAJNO, **Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, C.III, Ankara: Yargıtay Yayınları No:8, 1980.

MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde: 188-345**, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007.

MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler- Özel Hükümler**, C. I, 3. B, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2008.

MALKOÇ İsmail, GÜLER Mahmut, **Uygulamada TCK Özel Hükümler 2**, Ankara: Adil Yayınevi, 1996.

MERAN Necati, **Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar**, 2. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

MODOOD Tariq, "Muslims, Incitement to Hatred and the Law", **Liberalism, Multiculturalism, and Toleration / edited by John Horton**, New York: St. Martin's Press, 1993.

MUMCU Ahmet, **Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**, Ankara: Ajans- Türk Matbaası, 1963.

NİER Charles Lewis, "Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany", **Dickinson Journal of International Law**, Vol. 13, 1994-1995, s. 241-280.

OĞUZALICI Kadrettin , **Meriyetteki Osmanlı Mevzuatı** , İstanbul, 1953.

OVEY Clare, WHITE Robin, **The European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2006.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, İstanbul, 1992.

ÖNDER Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 1994.

ÖZEK Çetin, **141-142**, İstanbul, 1968.

ÖZEK Çetin , "Türk- İtalyan Ceza Hukukunda Sosyal Sınıf Kavramı", **MHAD**, Yıl 1, Sayı:1-2, İstanbul, 1967.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

ÖZSOY Şule, **Measuring Compatibility with the European Convention On Human Rights: Turkish Example in the Free Speech Context**, 1st Edition, Istanbul: Galatasaray University Publications, 2006.

ÖZÜTÜRK Nejat, **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, C: II, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1966.

PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları, Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Yargıtay, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları**, C: II, 2. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları, Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Yargıtay, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları**, C: III, 3. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

SANCAR Türkan Yalçın, “Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.52, sayı 1, 2003, s. 89-99.

SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C: 2, (Madde 95-315), 3. Baskı, Ankara, 1999.

SEZGİN Servet, “ Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Yığın ve Yığınlarda Cezai Mesuliyet”, C. 43 **Adalet Dergisi**, 1952, s. 192-198.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. B., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bs., Ankara: Savaş Yayınları , 1997.

ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C. I, 3. B., İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2006.

TAŞDEMİR Hakan, DEMİR Hasan, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. 2, No. 3, Güz 2002, s. 85-100.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 5. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

TEZİÇ Erdoğan, “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı**, C.7, 1990, s. 31-47.

TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 2. B., Ankara: Savaş Yayınları, 2007.

TOROSLU Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.

ÜNVER Yener, **Ceza Hukuku İle Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

VANACKER Bastiaan Hugo, **Online hate speech regulation in the United States and Europe: Accomodating Conflicting Legal Paradigms**, A Dissertation Submitted to the Faculty of the Graduate School of the University of Minnesota, July, 2006.

WEBER Anne, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2009.

YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt V, Ankara: Adalet Yayınları, 2010.

YENİDÜNYA A. Caner, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, No.11, 2006, s. 97-117.

YENİSEY Feridun, ÖZEL Cevat, **İçtihatlı Basın Mevzuatı**, İstanbul: Beta Yayınları, 1996.

YENİSEY Feridun, PLAGEMAN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük)**, İstanbul: Beta, 2009.

ZAFER Hamide, "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)", **İÜHFİM**, C. LXII, No.1-2, 2004, s. 209-260.

## b) İnternet Kaynakları

<http://www.osce.org>

<http://tdkterim.gov.tr>

<http://www.coe.int>

<http://www.unhchr.ch>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://treaties.un.org>

<http://www.conventions.coe.int>

<http://assembly.coe.int>

<http://www.venice.coe.int>

<http://www.europarl.europa.eu>

<https://www.btg-bestellservice.de>

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.altalex.com>

<http://www.legislation.gov.uk>

<http://www.anayasa.gov.tr>

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

### c) Raporlar

Hate Crimes In The OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, Organization for Security and Co- Operation in Europe (Çevrimiçi: <http://www.osce.org/odihr/26759>)

Preliminary Report on the National Legislation in Europe Concerning Blasphemy, Religious Insults and Inciting Religious Hatred, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 23 March 2007, Study no. 406 / 2006, CDL-AD(2007)006 (Çevrimiçi: [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)006-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)006-e.pdf))

Report On The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg, 23 October 2008, Study no. 406/2006, CDL-AD(2008)026 (Çevrimiçi: [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD\(2008\)026-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD(2008)026-e.pdf))

### d) Uluslararası Düzenlemeler

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararı

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 10 Kasım 1989 tarihli 18 No'lu Genel Yorum

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Haziran 1983 tarihli 10 Sayılı Genel Yorum

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

Irak Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 23 Mart 1993 tarihli 15 sayılı Genel Tavsiye Kararı

Irak Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 1 Ekim 2004 tarihli 30 sayılı Genel Tavsiye Kararı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Sosyal Şartı

Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı

Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi

Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Haline Getirilmesi İçin Avrupa Siber Suç Sözleşmesine Ek Protokol olarak anılmıştır

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Medya ve Hoşgörü Kültürünün Geliştirilmesi Konulu (97) 21 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 12 Şubat 2004 tarihli Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Konulu Bakanlar Komitesi Deklarasyonu

Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesinin İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Konulu 1510 (2006) Sayılı Kararı

Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesinin Dine Küfretme, Dine Hakaret ve Dinleri Nedeniyle İnsanlar Hakkında Nefret Söyleminde Bulunma Konulu 1805 (2007) Sayılı Kararı

İrkçilik ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 1 No'lu ECRI Genel Politika Tavsiye Kararı, Strazburg, 4 Ekim 1996

İrkçilik ve İrk Ayrımcılığıyla Mücadeleyi Amaçlayan Ulusal Mevzuata Dair 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı

16 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Parlamentosu'nun İfade Özgürlüğü ve Dinsel İnançlara Saygı Hakkı ile İlgili Kararı

**e) Yargıtay Kararı Dergileri**

YKD, C. 25, Sayı: 7, Temmuz 1999

YKD, C. 26, S. 1, Ocak 2000

YKD C. 28, S. 1, Ocak, 2002

YKD C. 24, Sayı: 5, Mayıs 1998

## **ÖZGEÇMİŞ**

1987 doğumlu olan Serra Karadeniz, 2005 yılında Beyoğlu Fındıklı Lisesinden (Y.D.A) mezun olmuştur. 2005-2009 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans eğitimi gördükten sonra, 2009-2012 yılları arasında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programına Devam etmiştir.